

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'ARRÊT DU COURS DES INSCRIPTIONS

EN

MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

Etude sur les articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 17 juin 1912, à 3 heures

PAR

ANDRÉ LESSERÉ

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

*Saffragants :) MM. THALLER, professeur.
 ;) PERCEROU, agrégé.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS, V.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'ARRÊT DU COURS DES INSCRIPTIONS

EN

MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

Etude sur les articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 17 juin 1912, à 3 heures

PAR

ANDRÉ LESSERÉ

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants :) MM. THALLER, professeur.
PERCEROU, agrégé.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LACROIX & L. TENIN, Directeurs

1912

AVANT-PROPOS

1. — La publicité est la base de tout bon régime hypothécaire. C'est là une affirmation que l'on ne discute plus. Cette publicité s'impose tant au point de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite. Cela n'empêche pas, comme le fait observer M. Planiol, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires puissent s'inscrire quand ils veulent, sauf à eux à souffrir de leur retard quand leur rang dépend de la date de leur inscription. Une inscription tardive ne laisse pas pour cela d'être valable et régulière (art. 2113 C. civil), « elle produira même autant d'effet que si elle avait été prise sans retard, lorsqu'aucun autre créancier ne se sera inscrit dans l'intervalle (1) ».

Tel est l'état normal du droit des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles. Mais il peut survenir des événements exceptionnels qui ferment, pour ainsi dire, le registre des inscriptions et ont pour conséquence qu'aucune inscription nouvelle ne peut désormais être prise par personne.

2. — D'autres événements ont une portée moins

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 3015.

étendue ; ils ne rendent pas l'inscription tout à fait impossible, mais ils destituent la sûreté immobilière d'un de ses deux éléments, le *droit de suite* ; et d'autre part, ils n'ont pas une portée générale, leurs effets se restreignent à un bien déterminé.

3. — Deux faits juridiques appartiennent à la première catégorie : la faillite du débiteur à laquelle doit être assimilée depuis la loi du 4 mars 1889, la liquidation judiciaire qui n'est, comme on le sait, qu'une faillite atténuée, et la mort du débiteur suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession. Ces deux événements qui *arrêtent le cours des inscriptions* sont visés par l'article 2146 du Code civil.

4. — La seconde catégorie ne comprend qu'un seul fait : l'aliénation de l'immeuble grevé suivie de la transcription du contrat d'aliénation.

5. — Quoique les deux catégories de faits que nous venons d'indiquer produisent également un arrêt des inscriptions, elles appartiennent à des ordres d'idées très différents. L'une vise principalement le droit de préférence et n'atteint le droit de suite que par contre-coup ; l'autre intéresse surtout le droit de suite.

De là deux ordres de matières qui ont leur siège l'une dans la loi du 23 mars 1855, l'autre dans les articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce.

6. — C'est à ce dernier ordre de matières qu'est consacrée notre étude. Nous nous proposons d'examiner l'effet exercé sur l'inscription des sûretés immobilières par la faillite ou la liquidation judiciaire du

débiteur, ou par le décès du débiteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Les deux alinéas de l'article 2146 du Code civil nous fournissent le principe d'une division toute naturelle. Nous étudierons, dans notre première partie, les effets de la faillite et, dans la seconde, ceux de l'acceptation bénéficiaire (1).

1. On retrouvera la même division dans notre troisième partie consacrée à l'hypothèque maritime et au nantissement de fonds de commerce. Nous avons cru devoir réunir dans un chapitre spécial tout ce qui a trait à ces sûretés de création récente.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

EFFETS DE LA FAILLITE SUR LES INSCRIPTIONS

TITRE I. — L'inscription des hypothèques.

CHAPITRE PREMIER

Notions générales

7. — Le premier fait visé par l'article 2146 du Code civil comme arrêtant, quand il se produit, le cours des inscriptions sur un débiteur déterminé, est la faillite de ce débiteur.

« Elles (les inscriptions), dit l'article 2146, ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites, sont déclarés nuls. »

Mais cet article a été profondément modifié par l'article 448 du Code de commerce, ainsi conçu :

« Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite.

« Néanmoins les inscriptions prises après l'époque

de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.

« Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise. »

Ce texte date de la révision de la loi des faillites du 28 mai 1838.

Il vise deux hypothèses distinctes : 1° l'inscription prise après le jugement déclaratif de la faillite (alinéa 1^{er}); 2° l'inscription au cours de la « période suspecte » antérieure à la déclaration de faillite.

8. — En quoi l'article 448 du Code de commerce diffère-t-il de l'article 2146 du Code civil ? En ce qu'il distingue les inscriptions postérieures au jugement déclaratif de la faillite, dont il édicte *a contrario* la nullité impérative (alinéa 1^{er}) et les inscriptions antérieures intervenues au cours de la période suspecte, qu'il frappe seulement de nullité facultative s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la naissance du droit et son inscription. L'article 2146 ne faisait pas cette distinction et n'avait pas besoin de la faire puisqu'il frappait les unes et les autres de nullité impérative.

9. — Les deux articles (2146 C. civil, et 448 C. de commerce) visent l'un et l'autre, à tort ou à raison, les hypothèques et les privilèges.

En ce qui concerne les hypothèques, les disposi-

tions de nos deux articles sont faciles à justifier. Les difficultés de détail que soulève leur application sont relativement peu nombreuses et se résolvent sans trop d'efforts.

Au regard des privilèges, il n'en est pas de même. Les deux articles provoquent les critiques les plus sérieuses et leur application fait naître une foule de controverses qui divisent les auteurs et la jurisprudence. Il est nécessaire d'étudier séparément la matière de l'inscription des hypothèques proprement dites, et celle de l'inscription des privilèges.

10. — Nous consacrerons notre premier titre à l'inscription des hypothèques, notre second titre à l'inscription des privilèges et aux discussions très délicates qu'elle a soulevées.

Nous allons donc étudier dès maintenant l'application de l'article 448 aux hypothèques. Mais, dans cette partie même de notre sujet, une subdivision s'impose, résultant du caractère impératif de la nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif de la faillite et de la nullité facultative des inscriptions prises au cours de la période suspecte.

CHAPITRE II

Nullité impérative des inscriptions d'hypothèques prises après le jugement déclaratif de la faillite.

11. — La raison qui est donnée d'ordinaire des dispositions de l'article 448-1° du Code de commerce, c'est que le jugement déclaratif fixe la situation respective des créanciers : ceux qui ont des causes de préférence *acquises au moment du jugement* les conservent ; ceux qui n'en ont pas encore, n'en peuvent acquérir. Or, comme suivant une expression consacrée, c'est l'inscription qui *vivifie* l'hypothèque, inscrire une hypothèque après le jugement déclaratif, ce serait acquérir une cause de préférence à un moment où la règle de l'égalité entre les créanciers doit être appliquée dans toute sa rigueur.

Nous ne sommes pas sûr qu'il n'y ait pas dans cette explication une certaine part de paradoxe, ou tout au moins d'exagération.

Ce qui nous paraît exact, c'est qu'à partir du moment où un commerçant ne peut plus faire face au paiement de ses dettes, il perd le droit d'avantager un de ses créanciers au préjudice des autres. De là

tout un système qui est consacré dans notre Droit commercial par les articles 446, 447 et 448 du Code de commerce, et dont l'influence réagit jusque sur des actes qui, précédant la période de cessation de paiements, se placent à une époque où le négociant pouvait déjà prévoir et redouter la crise qui se préparait pour lui.

Le débiteur est déjà si près de la catastrophe (la période suspecte s'ouvre, comme l'on sait, dix jours avant la suspension de paiements) qu'il ne pouvait plus se faire d'illusions sur sa situation : il confère à un de ses créanciers, qui n'avait pas jusque-là demandé ou obtenu de sûreté spéciale et qu'il veut favoriser, une hypothèque *sœur cadette* de la créance (pour nous servir de l'expression imagée de M. Rataud); cette hypothèque est nulle, frappée de nullité impérative. C'est l'article 446 du Code de commerce.

Dans les mêmes conditions de péril et d'appréhension, le négociant offre et donne une hypothèque pour obtenir un crédit qu'il ne mérite déjà plus : cette hypothèque vaudra-t-elle? Peut-être, mais ce n'est pas sûr. Cela dépendra de la bonne ou de la mauvaise foi du créancier qui connaissait ou ignorait la situation inquiétante de son débiteur. Cette hypothèque née en même temps que la créance qu'elle garantit (*sœur jumelle* de la créance, pour parler encore comme M. Rataud) est sous le coup d'une nullité facultative qui dépendra de l'appréciation du tribunal. Telle est la disposition de l'article 447.

La loi va plus loin encore : dans notre législation

contemporaine, l'hypothèque est essentiellement faite pour ne pas demeurer clandestine, car sa clandestinité a pour effet, sinon pour but, de tromper le public, de fausser le mécanisme du crédit. L'hypothèque, théoriquement, devrait s'inscrire au moment même où elle est constituée, et ce n'est qu'une impossibilité matérielle d'inscription concomitante à la constitution qui fait admettre l'existence d'un trait de temps, naturellement aussi court que possible, entre ces deux événements dont la réunion constitue la genèse du droit hypothécaire, l'établissement du droit et sa publicité.

Cette considération nous donne l'explication des dispositions de l'article 448. Alors même que l'hypothèque est née à un moment où elle pouvait naître, alors que le débiteur était encore *in bonis* (la période suspecte n'étant pas encore ouverte) il *faut* qu'elle se complète *sans délai* par son inscription ; nous dirons, si l'on y tient, qu'elle se vivifie par son inscription. La loi devait-elle laisser les juges souverains appréciateurs de la légitimité du retard de l'inscription ? Devait-elle au contraire fixer un terme extrême après lequel l'inscription perdrait toute efficacité ? C'est à cette dernière solution que s'est arrêté le législateur, et la limite extrême qui s'est présentée naturellement à son esprit, c'est la date du jugement déclaratif de faillite. De là la disposition du premier alinéa de l'article 448.

Cette explication nous paraît plus plausible que celle que l'on tire habituellement du dessaisissement

du débiteur. Dire que l'hypothèque ne peut plus être inscrite parce que le débiteur ne pourrait plus la constituer, c'est émettre une proposition d'une exactitude très contestable, car le rôle du débiteur a pris fin avec la constitution de l'hypothèque, et la réquisition d'inscription dépend exclusivement du rôle du créancier.

Le créancier qui, se laissant surprendre par la faillite de son débiteur, perd le bénéfice de son hypothèque, subit la conséquence non du dessaisissement de celui-ci, mais de sa propre négligence.

Mais, dira-t-on, il y a des cas où la faillite du débiteur se produit avec une rapidité si foudroyante, avec une telle instantanéité qu'aucune diligence du créancier n'aurait pu lui permettre d'éviter la déchéance. On peut supposer, par exemple, l'hypothèse d'un banquier qui est entraîné subitement dans le désastre d'un de ses clients. Ce n'est pas vrai. Même dans ce cas, trop fréquent pour qu'on puisse le considérer comme imaginaire, il s'écoulera nécessairement quelques jours entre la constitution de l'hypothèque et le dépôt du bilan du débiteur ou la prononciation de sa faillite à la requête d'un de ses créanciers.

La chose n'est cependant pas tout à fait impossible. On peut supposer par exemple qu'une hypothèque est constituée par devant un notaire d'une colonie française lointaine — la Cochinchine si l'on veut — sur un immeuble situé en France, et qu'un jugement déclaratif de faillite intervient entre la constitution de l'hypothèque en Cochinchine et son inscription

en France. On pourrait regretter que la loi, en vue de ce cas qui ne se présentera pas une fois sur plusieurs mille, n'ait pas étendu au premier alinéa de l'article 448 du Code de commerce le correctif qu'elle applique au deuxième paragraphe de l'article. Ce sont là de petits détails, inaperçus du législateur, et dont il serait bon de tenir compte à l'occasion d'une révision de la loi (1).

*
* *

12. — Prenant l'article 448-1° non tel qu'il pourrait être mais tel qu'il est, nous avons à nous demander tout d'abord ce qu'il faut entendre par une inscription postérieure au jugement déclaratif de faillite.

Cette expression dont on se sert couramment, mais qui ne correspond pas exactement aux termes dont se sert notre article, comprend-elle l'inscription prise le jour de la déclaration de faillite? Pourrait-elle être appliquée à l'inscription prise *le jour* de la déclaration de faillite et avant l'audience à laquelle le jugement déclaratif a été rendu?

Pour résoudre cette question il ne faut pas perdre de vue que l'article 448-1° dont on tire *a contrario* la consécration de la nullité des inscriptions tardives, ne dit pas que les inscriptions peuvent être utilement prises *jusqu'à la déclaration de faillite*, mais *jus-*

1. Conf. THALLER. *Faillites en droit comparé*, t. II, n° 142, *in fine*. (D'ailleurs le procédé de la loi autrichienne signalé par M. Thaller ne serait pas suffisant dans notre hypothèse.)

qu'au jour du jugement déclaratif de la faillite, jusqu'au « dies ad quem ». Ce *dies ad quem* doit-il être exclu de la période pendant laquelle l'inscription peut être utilement prise ou, constitue-t-il, au contraire, le dernier jour de cette période conformément à l'adage « *dies ad quem computatur in termino* » ?

Un arrêt d'Amiens du 26 décembre 1855 a décidé que la formalité ne pouvait plus être remplie le jour même du jugement, fût-ce avant l'audience (1).

Les jugements, a-t-on dit à l'appui de cette théorie, n'étant pas datés par l'heure, mais seulement par le jour, les effets du dessaisissement remontent forcément à la première heure et même à la première minute du jour où intervient le jugement déclaratif de la faillite : or la prohibition d'inscription après la faillite déclarée a précisément sa cause dans ce dessaisissement.

Cette décision de la Cour d'Amiens a été approuvée par un certain nombre d'auteurs (2) et n'a pas paru, à d'autres, mériter l'honneur d'une controverse. Nous ne nous y arrêterons pas et ne demandons pas mieux que de reconnaître que le dernier jour utile pour l'inscription est la *veille* du jugement déclaratif. Cette solution a le mérite d'écarter une difficulté et

1. Amiens, 26 décembre 1855 [S. 56.2.563].

2. DEMANGEAT sur BRAVARD, t. 5, p. 284, note ; LAROQUE SAYSSINEL, *op. cit.*, t. 1, n° 386 ; VIARDOT, *des effets de la faillite*, p. 117 ; RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire*, v° *faillite*, n° 435 ; AUBRY et RAU, t. 3, p. 547, note 18 ; LYON-CAEN et RENAUT, t. 2, n° 2656 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. 2, n° 1563.

c'est un mérite dont on peut se contenter. En effet ni les jugements ni les inscriptions ne portent d'indication d'heure, la question de savoir si l'inscription est intervenue après ou avant le prononcé du jugement pourrait donner lieu à d'interminables et insolubles chicanes.

*
* *

13. — Trois ordres de questions sont soulevés par les dispositions de l'article 448-1° concernant l'effet sur les inscriptions du jugement déclaratif de faillite :

1° Quels créanciers sont forclos du droit de s'inscrire ?

2° Sur quels immeubles l'inscription cesse-t-elle de pouvoir être prise ?

3° Quelles sont les hypothèques dont l'inscription est prohibée par notre article ?

Nous allons examiner successivement ces trois ordres de questions.

*
* *

14. — I. — *Quels créanciers sont forclos du droit de s'inscrire ?* Les créanciers forclos sont les créanciers du failli. La prohibition de l'article 448-1° ne s'applique pas aux créanciers du précédent propriétaire, lorsque le failli a négligé de faire transcrire son acte d'acquisition.

Posons bien l'hypothèse : Primus a vendu un immeu-

ble à Secundus; Secundus n'a pas fait transcrire le contrat d'acquisition; il tombe en faillite. Les créanciers hypothécaires de Primus peuvent prendre inscription sans que l'on soit en droit de leur opposer les dispositions de l'article 448-1°.

En effet, tant que la transcription de la vente faite par Primus à Secundus n'a pas été opérée, Primus n'a pas cessé d'être propriétaire au regard de ses créanciers hypothécaires — et ce n'est pas Primus qui a été déclaré en faillite. C'est Secundus. Donc rien ne s'oppose à ce que des inscriptions soient prises sur Primus qui est *in bonis*. Comme le remarque Troplong, prendre une inscription sur l'immeuble dont s'agit, ce n'est pas s'inscrire *sur les biens du failli* (1) (ce qui nous donne l'occasion de constater que notre premier ordre de questions se confond jusqu'à un certain point avec le second).

La même observation est faite par Aubry et Rau : « Dans l'hypothèse, celui qui requiert l'inscription *n'est pas un créancier* du failli voulant s'assurer un droit de préférence au préjudice de la masse, mais un créancier du vendeur d'immeubles acquis par le failli qui entend rendre efficace son droit de suite à l'égard de ce dernier (2). »

On pourrait ajouter que dans l'hypothèse prévue,

1. TROPLONG, *Privilèges et hypothèques*, t. 3, n° 655 *ter*, *in fine*.

2. AUBRY et RAU, t. 3; p. 332, note 24; *Sic*, PONT, *op. cit.*, n° 907; LYON-CAEN et REAULT, n° 2170, note 2; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. 2, n° 1564.

le failli, au regard des créanciers du précédent propriétaire, n'est qu'un *tiers détenteur*.

*
* *

15. — II. — *Sur quels immeubles, l'inscription cesse-t-elle de pouvoir être prise ?* Sur les immeubles dont le failli est déjà propriétaire (ainsi que nous venons de le voir) et sur ceux dont il est encore propriétaire.

Application de ce principe : l'article 448-1° ne prohiberait pas et ne rendrait pas inefficaces les inscriptions prises par les créanciers du failli sur les immeubles que celui-ci avait aliénés, mais pour lesquels l'acquéreur n'a pas rempli la formalité de la transcription.

Posons encore l'hypothèse : Primus propriétaire d'un immeuble a conféré à un ou plusieurs de ses créanciers hypothèque sur cet immeuble ; il le vend à Secundus, puis sa faillite est déclarée et il arrive qu'au moment du jugement déclaratif, d'une part, l'hypothèque des créanciers de Primus n'est pas encore inscrite et, d'autre part, Secundus n'a pas transcrit son contrat d'acquisition.

A ce moment, un créancier de Primus inscrit l'hypothèque qui lui a été conférée : que vaut cette inscription ?

Elle n'intéresse pas, assure-t-on, la masse puisque l'immeuble sur lequel elle porte a cessé de faire partie du gage de la masse, étant sorti du patrimoine du failli. Cela est vite dit. Il ne semble cependant pas

indifférent à la masse que le prix d'acquisition soit payé entre les mains du syndic représentant de tous les créanciers chirographaires ou entre les mains du créancier hypothécaire. L'inscription de l'hypothèque après le jugement déclaratif de la faillite va donner un droit de préférence sur le prix à un créancier auquel elle n'aurait pu assurer un droit de préférence sur l'immeuble lui-même.

Si, donc, la solution proposée est exacte, il faut la fonder non sur le défaut d'intérêt de la masse, mais sur les principes du droit.

L'immeuble vendu avant le dessaisissement par le failli a cessé d'être le gage de ses créanciers chirographaires. Il échappe en conséquence à la mainmise de la masse, la propriété ayant été déplacée au regard de celle-ci par le seul effet et au moment de la convention. Si le prix avait été payé comptant, le failli qui était alors *in bonis* aurait pu le dissiper sans que, plus tard, les créanciers de sa faillite eussent le droit de s'en plaindre ; s'il l'avait délégué à un de ses créanciers, ses autres créanciers n'auraient eu rien à dire, puisque la période suspecte n'était pas encore ouverte. Il l'eût donné en paiement au créancier auquel il avait conféré l'hypothèque qui a été, par la suite, tardivement inscrite, cette dation en paiement aurait échappé à toute critique. Sous ces différentes formes et par l'effet de ces opérations diverses dont aucune n'était interdite au débiteur, l'immeuble eût échappé à cet ensemble de créanciers qui devait, après la déclaration de faillite, former la masse créancière.

Celle-ci une fois instaurée n'est donc pas appauvrie par une inscription prise sur un immeuble qui n'a jamais fait partie de son gage (1).

16. — Mais que se passera-t-il si, avant que la transcription soit opérée par l'acquéreur de l'immeuble, le syndic de la faillite prend, lui-même, l'hypothèque conférée à la masse par l'article 490 du Code de commerce ? Il y a controverse sur ce point, et la solution dépend du caractère et des conséquences que l'on attribue à l'hypothèque de l'article 490.

Sous le Code de commerce de 1807, dont l'article 500 prescrivait aussi l'inscription aujourd'hui ordonnée par l'article 490, il était admis par tous les auteurs que cette formalité avait uniquement pour objet de rendre plus *notoire* l'état de faillite et d'empêcher que les immeubles fussent vendus à l'insu et au préjudice de la masse, mais qu'elle ne pouvait conférer un véritable droit hypothécaire contre les créanciers postérieurs à la faillite (2).

L'article 490 de la loi de 1838 reproduisit la disposition de l'ancien article 500 sans en modifier les termes. L'inscription ordonnée par l'article 490 n'avait-elle que la portée restreinte de la mesure édictée par l'ancien article 500 ? L'affirmative a été enseignée par un certain nombre d'auteurs (3). L'inscription de

1. Conf. PONT, t. 2, n° 908 ; AUBRY et RAU, t. 3, § 272, note 25.

2. Cass. req., 22 juin 1841 [Dalloz, *Répertoire*, v. *faillite*, n° 494] ; Caen, 29 février 1844. [Dalloz, *Rep.*, v. *faillite*, n° 838.]

3. TROPLONG, *Transcription*, n° 148 et 149 ; MOURLON, *Transcription*, t. 2, n° 488 ; DEMANGEAT sur BRAVARD, t. 5, p. 301 et ss.

l'article 490 ne serait qu'une mesure conservatoire et le droit hypothécaire des créanciers faisant partie de la masse ne serait consacré que par l'inscription aux hypothèques du jugement homologuant le concordat (article 517 du Code de commerce) (1).

17. — Quoique l'article 490 qui parle d'une inscription ne se soit pas expliqué sur la nature du droit inscrit, qu'il semble même avoir évité de prononcer le mot d'hypothèque, la majorité des auteurs a vu une hypothèque, judiciaire suivant certains arrêts (2), plutôt légale à notre sens, dans le droit inqualifié que consacre le troisième alinéa de notre article 490 et a reconnu à ce droit tous les effets d'une hypothèque (3).

18. — Les principes étant ainsi établis nous n'aurons pas de peine à résoudre la question posée de savoir si l'hypothèque de l'article 490 inscrite par le syndic de la faillite avant que l'acquéreur du bien vendu par le failli encore *in bonis* ait transcrit son contrat d'acquisition, est opposable à cet acquéreur. L'affirmative n'est pas douteuse. La masse, avant la transcription, a acquis des droits sur l'immeuble et les a conservés en se conformant aux lois; elle peut donc opposer le défaut de transcription (art. 3 de la loi de 1855) (4).

1. Paris, 22 juin 1850 [D. 52.2.213].

2. Dijon, 5 août 1862 [D. 62.2.149].

3. AUBRY et RAU, t. 2, p. 314, note 94, § 209; LYON-CAEN et RENAULT, n° 2719; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. 2, n° 1565; RIVIÈRE et HUGUET, *Questions sur la Transcription*, n° 180; FLANDIN, *Transcription*, nos 854 et 859; PLANIOL, t. 2, n° 2811.

4. Auteurs cités à la note précédente.

19. — Que faudra-t-il décider du conflit de l'hypothèque consentie à un créancier par le débiteur avant l'ouverture de la période suspecte, avec l'inscription prise par le syndic au profit de la masse, si toutes deux ont été inscrites avant la transcription de l'aliénation faite par le failli alors qu'il était encore *in bonis* ?

Rien que de très simple à notre avis. La première inscrite primera l'autre.

20. — L'article 448-1^o ferait-il obstacle à ce qu'un créancier prit inscription sur les immeubles advenus au failli depuis le concordat ? Il ne peut s'agir bien entendu que d'un créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale. Car pour l'application de l'article 448, il faut supposer une hypothèque acquise par le créancier avant l'ouverture de la période suspecte.

Cela peut se présenter dans deux cas : 1^o lorsque le débiteur a hypothéqué ses biens à venir à raison de l'insuffisance de ses biens présents (art. 2.130 C. civ.) ; 2^o lorsque le créancier a obtenu, à une époque où le débiteur n'était pas en suspension de paiement, une condamnation à raison d'une dette non commerciale (1).

21. — Ainsi dans une espèce soumise à la Cour de cassation en 1878 (affaire Des Essarts) le créancier

1. Une dette « non commerciale » disons-nous ; car si le créancier avait été obligé de prendre contre le débiteur une condamnation pour une dette commerciale nul doute que le jugement déclaratif de faillite ou un jugement postérieur eût fait remonter l'ouverture de la faillite à la date de cette condamnation.

qui avait obtenu une hypothèque judiciaire *avant la faillite*, avait inscrit *postérieurement* à la déclaration de faillite, cette hypothèque judiciaire sur des biens advenus au failli depuis le concordat (1).

Dans une pareille hypothèse on se trouve bien, en apparence, en face de la situation prévue par l'article 448-1° Une hypothèque valablement constituée, inscrite après le jugement déclaratif de la faillite sur un immeuble du failli. Et l'on pourrait, à la rigueur, soutenir que l'inscription doit être nulle. Mais si l'on songe que c'est au regard et au profit de la masse que la prohibition de l'article 448-1° a été édictée, que les biens acquis par le failli depuis le concordat n'ont jamais fait partie du gage de la masse, que la « masse » n'existait plus (elle ne survit pas au concordat) quand l'immeuble est entré dans le patrimoine du concordataire, on est amené à conclure à la validité de l'inscription (2).

Ainsi donc la faillite d'un débiteur ne saurait empêcher un créancier de prendre une inscription sur les immeubles advenus à ce débiteur depuis son concordat (3).

*
* *

22. — III. — *Quelles sont les hypothèques dont l'inscription est prohibée par l'article 448-1° ?* L'article 448-1°

1. Cass., 18 février 1878 [S. 78.1.165].

2. Arrêt précité à la note précédente. Remarquons que l'hypothèque de l'article 490 ne frappe pas les immeubles advenus au failli depuis le concordat.

3. Cass., 18 février 1877 (*Droit*, 12 avril 1877).

est très-général, trop général même comme nous aurons bientôt l'occasion de le démontrer. Il s'applique sans discussion possible à toutes les hypothèques conventionnelles, à toutes les hypothèques judiciaires et aux hypothèques légales non dispensées d'inscriptions.

23. — Quant aux deux hypothèques légales dispensées d'inscription c'est-à-dire les hypothèques de la femme mariée et du pupille, nous les considérons non comme des hypothèques proprement dites mais comme des privilèges immobiliers et c'est en étudiant le régime des privilèges immobiliers que nous rechercherons si l'article 448 du Code de commerce leur est applicable.

24. — Les hypothèques légales non dispensées d'inscriptions auxquelles l'article 448 s'applique pleinement sont :

1° L'hypothèque de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics sur les biens de leurs comptables (art. 2121).

2° L'hypothèque des légataires sur les biens de la succession (art. 1017).

3° L'hypothèque de la régie des Douanes sur les biens des redevables (Loi des 6-22 août 1791).

4° Les privilèges immobiliers dégénérés en hypothèques ordinaires (art. 2113) (1).

25. — Mais il y a un point qu'il importe de retenir et sur lequel nous reviendrons en étudiant l'influence de l'article 448 sur l'inscription des privilèges (2) :

1. V. PLANIOL, t. II, n° 2811.

2. V. *infra*, n° 48.

c'est que la déclaration de faillite n'empêche pas les créanciers d'inscrire les droits nés postérieurement à la faillite (1).

26. — Echappent à la foreclusion de l'article 448, les inscriptions prises en renouvellement d'inscriptions précédentes, mais à la condition expresse que les inscriptions renouvelées n'aient pas été déjà atteintes par la péremption. « Un tel renouvellement ne pourrait être annulé comme ayant été fait depuis le jugement déclaratif ou depuis la cessation de paiement ou dans les dix jours qui précèdent. Ce n'est pas là, en effet, la consécration d'un droit nouveau, c'est seulement la conservation d'un droit depuis longtemps opposable aux tiers (2). »

« Ajoutons, dit M. Ruben de Couder, que si le créancier a le droit de renouveler même après la déclaration de faillite, il a aussi grand intérêt à le faire, puisque, s'il laissait passer dix ans sans agir, il perdrait le bénéfice de son inscription primitive, sans pouvoir en prendre une nouvelle, laquelle serait nulle d'après l'article 448 (3). »

27. — On décide également que les dispositions de l'article 448 ne font pas obstacle à l'inscription

1. LYON-CAEN et RENAULT, n° 2711;]BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. II, n° 1566; Cass., 29 décembre 1858. Védié [S. 59.1.210].

2. RUBEN DE COUDER. V. *Faillite*, n° 448; *Sic*, TROPLONG, n° 660 bis et 727 ter; MOURLON. *Transcription*, t. II, n° 658; BOISTEL, n° 635; Cass., 15 décembre 1829 [S. Chronol]; Paris, 19 août 1841 [S. 41.2.589]; Paris, 5 décembre 1885 [D. 87.2.55].

3. RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, n° 450; Cass., 7 mars 1865 [D. 65.1.121].

destinée à conserver au profit du créancier hypothécaire des intérêts excédant les trois années dont la conservation est assurée par l'inscription de l'hypothèque garantissant le principal de la créance. Mais cette solution, très généralement admise, n'est pas aussi certaine et ne s'impose pas avec la même autorité.

On a fait à cette doctrine une objection qui n'est pas dépourvue de fondement, c'est que la créance d'intérêts conservée par une inscription spéciale est une créance nouvelle qui majore d'autant le droit de préférence du créancier hypothécaire au détriment des créanciers chirographaires (1).

Mais Aubry et Rau font à cette objection une réponse que nous croyons décisive : « L'inscription requise en temps utile pour la sûreté du capital devrait, en principe, garantir tous les intérêts à échoir comme le capital même : si l'article 2151 a restreint, quant aux intérêts, l'effet naturel de cette inscription, il ne l'a cependant fait qu'en laissant au créancier la faculté de conserver par des inscriptions particulières les intérêts non garantis de plein droit. Or il ne saurait être permis de séparer cette faculté de la restriction dont elle forme le correctif ; et en privant le créancier de l'exercice de ce droit à raison soit de la faillite du débiteur, soit de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de vacance de la succession, on ajouterait en réalité à la rigueur de la loi (2). »

1. DEMANGEAT SUR BRAVARD, t. V, p. 292, à la note ; BOISTEL, p. 635 ; NICOLAS, p. 104 ; RUBEN DE COUDER, v° *Faillite*, n° 452.

2. AUBRY ET RAU, t. 3, p. 425, § 285, note 27.

M. Planiol enseigne la même doctrine : « Quand les intérêts excèdent trois années (1) le créancier est obligé de prendre des inscriptions particulières pour l'excédent. Ces inscriptions ne lui donnent rang qu'à leur date. Néanmoins elles tendent à lui conserver la qualité de créancier hypothécaire pour des sommes qui étaient précédemment garanties par l'hypothèque. »

« A ce titre, elles ont droit au même bénéfice que les précédentes (les années d'intérêt conservées par l'inscription principale) : il serait injuste d'empêcher le créancier de les prendre, après l'un des événements prévus par la loi, parce qu'il ne dépendait pas de lui de le faire plus tôt : quand elle a limité le droit du créancier de réclamer ses intérêts en vertu de son inscription primitive, la loi lui a implicitement réservé le droit de s'inscrire, quels que pussent être les événements ultérieurs (2). »

M. Planiol fait cependant une réserve : « Notre raisonnement, dit-il, ne s'applique qu'aux échéances d'intérêts devenus exigibles depuis que le cours des inscriptions est arrêté et il faudrait annuler comme inscriptions prises en retard, celles qui garantiraient

1. Nous rappelons que l'article 2151 a été modifié par la loi du 17 juin 1893 qui a substitué « trois années pleines » aux « deux années et l'année courante » dont il était parlé dans l'ancien texte.

2. PLANIOL, t. 2, n° 3036; PAUL PONT, n° 839, 925, 1424; ALAUZET, t. 6, n° 2537; LAROQUE-SAYSSINEL, t. 7, n° 396; Cass., 20 février 1849 [S.50.1.185]; Poitiers, 30 janvier 1878 [S.78.2.176]; Poitiers, 7 décembre 1885 [S.86.2.81].

des termes échus antérieurement et pour lesquelles le créancier pourrait être considéré comme négligent (1). »

Le système d'Aubry et Rau n'implique pas cette restriction : et pour notre part nous ne la croyons pas fondée. L'inscription principale conserve trois années d'intérêt, et virtuellement toutes celles qui pourraient faire l'objet d'une inscription spéciale, laquelle peut être prise quand le créancier le juge à propos et dont le retard n'influe que sur le rang de la collocation. Cette question de rang, est seule en jeu et les inscriptions supplémentaires tirent leur valeur intrinsèque de l'inscription originaire qui en constitue pour ainsi dire la source.

*
* *

28. — *Faillite de fait. Déconfiture. Cession de biens.* — Les diverses questions qui se réfèrent à cette matière délicate ne peuvent se poser au regard du premier alinéa de l'article 448 du Code de commerce lequel vise spécialement le jugement déclaratif, c'est-à-dire la constatation *juridique* de l'état de faillite. Nous les verrons surgir et nous les examinerons dans le chapitre suivant.

1. PLANIOL, *op. cit.*

CHAPITRE III

Nullité facultative des inscriptions d'hypothèques prises après l'ouverture de la période suspecte (art. 448-2° C. de com.).

29. — L'article 448-2° n'annule, pas comme le faisait, avant la loi de 1838, l'ancien article 443 du Code de commerce, les inscriptions prises au cours de la période suspecte des hypothèques constituées avant l'ouverture de cette période. Il se contente de permettre au tribunal de les annuler s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre l'acte générateur de l'hypothèque et la consécration du droit hypothécaire par l'inscription.

Il étend même le délai à raison des distances (448-3°).

30. — L'étude de cette matière est très simplifiée par les explications que nous avons données dans le précédent chapitre, et nous pourrions, la plupart du temps, renvoyer à nos développements précédents.

31. — Ce qui appartient en propre à notre matière, c'est la justification de la disposition de l'article 448-2°. On pourrait être tenté, sous un régime hypothécaire, qui, depuis la loi du 9 messidor an III, est es-

sentiellement basé sur la publicité, d'invoquer, en le détournant de sa sphère d'application, l'adage bien connu de la procédure *unum et idem est et non apparere et non esse*. Si l'on avait adopté cette idée fondamentale, l'hypothèque eût cessé de pouvoir être inscrite dès le moment où elle cessait de pouvoir être constituée, et les articles 446 et 447 du Code de commerce auraient suffi à régir la matière. Cette conception de l'hypothèque a paru empreinte d'un caractère excessif (1).

On s'est rendu compte que l'inscription pour ainsi dire instantanée de l'hypothèque régulièrement acquise était matériellement impossible, qu'un retard pouvait procéder de la négligence d'un officier public ou ministériel ou de tout autre événement qui ne pouvait être imputé à faute au créancier.

De là le délai de quinze jours augmenté du délai de distance qui a été accordé au créancier hypothécaire pour régulariser sa situation.

L'hypothèque valablement acquise a-t-elle été inscrite dans la quinzaine de sa naissance, elle est à l'abri de toute critique. L'intervalle entre le fait générateur du droit hypothécaire et l'inscription a-t-il dépassé cette quinzaine, le retard devient suspect et le législateur remet entre les mains des juges, un souverain pouvoir d'appréciation qui leur permet de vali-

1. C'est pourtant ce caractère excessif qui a été admis par l'article 2146 au regard du décès du débiteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de la succession.

der ou de frapper de nullité suivant les circonstances le droit tardivement publié.

On pouvait craindre en effet qu'il n'intervint entre le créancier et le débiteur, dans le but de ménager le crédit de ce dernier, une collusion. Tel créancier plus prudent, mieux averti que les autres, aurait stipulé une hypothèque qu'il aurait « gardée en poche » pendant une période plus ou moins prolongée, se réservant de la faire apparaître au dernier moment.

Quelle est la pensée qui viendra tout naturellement au créancier d'un commerçant propriétaire d'immeubles, s'il conçoit quelques doutes sur la solvabilité de l'homme avec lequel il est en relations d'affaires ? Ce sera de courir au bureau du conservateur et de se renseigner sur la situation hypothécaire du négociant.

On lui délivre un certificat négatif. Le voilà tranquille, convaincu que, si l'on a fait courir des bruits fâcheux sur la situation de l'homme qui lui demande un crédit, ces bruits ne sont pas fondés. Il n'hésitera pas à fournir des marchandises, à consentir des avances d'argent, à ne pas poursuivre le remboursement de ses créances.

Or il y a des hypothèques ! mais ces hypothèques sont ensevelies dans les ténèbres...

D'autre part, c'est un clerc de notaire qui a pendant quelque temps oublié sur son bureau l'acte qu'il devait porter chez le conservateur pour requérir l'inscription. C'est un greffier surchargé dont on ne peut obtenir l'expédition d'un jugement...

Autant de circonstances qui motivent les rigueurs d'un tribunal ou sollicitent son indulgence. Le législateur, très sagement, n'a pas voulu formuler de règles inflexibles, et, après avoir fixé un délai d'immunité raisonnable, il s'est reposé pour le surplus sur la justice et la sagacité des tribunaux.

Telle est l'économie du deuxième alinéa de l'article 448.

★
* *

32. — Les questions que fait naître l'article 448 — 2° sont sensiblement les mêmes que soulève l'article 448-1° et elles appellent les mêmes solutions :

33. — Quels sont les créanciers dont l'inscription peut être attaquée ? Nous répondrons comme plus haut : *les créanciers du failli*, mais non les créanciers d'un précédent propriétaire lorsque le failli a négligé de faire transcrire son acte d'acquisition (1). Cela s'impose avec d'autant plus de certitude que les créanciers d'un précédent propriétaire sont sans rapports avec le failli et n'ont aucune raison de connaître ou de soupçonner le péril de sa situation.

Serait également inattaquable l'inscription prise par un créancier du failli après l'ouverture de la période suspecte sur un immeuble que le failli aurait revendu à un acquéreur qui n'aurait pas fait transcrire son contrat d'acquisition.

34. — Si enfin nous nous demandons quelles sont

1. Voir *supra*, n° 14.

les hypothèques dont l'inscription pourra être critiquée comme tardive, nous répondrons comme plus haut, les hypothèques conventionnelles, les hypothèques judiciaires et les hypothèques légales non dispensées d'inscription, les inscriptions en renouvellement et les inscriptions d'intérêts.

*.

35. — *Faillite de fait*. — On s'est demandé si les solutions qui venaient d'être données pouvaient être appliquées dans le cas d'une *faillite de fait*.

Et d'abord qu'est-ce qu'une faillite de fait ? C'est l'état d'un commerçant qui a suspendu ses paiements, mais qui n'a pas déposé son bilan et dont la faillite n'a été ni demandée par ses créanciers, ni prononcée d'office par le tribunal.

Lorsqu'un jugement déclaratif de faillite a été prononcé, il a pour conséquence de diviser la vie commerciale du failli en trois périodes distinctes : 1° celle où il était encore *in bonis* ; 2° la période suspecte ; 3° la période de faillite. On peut concevoir, si la troisième période ne se produit pas faute de jugement déclaratif de la faillite, la distinction en deux périodes : 1° la période d'immunité ; 2° la période suspecte se prolongeant indéfiniment et constituant cet état de faillite virtuelle que l'on a appelé la « faillite de fait ».

36. — La jurisprudence belge s'est toujours refusée à admettre la faillite de fait. Un arrêt de la Cour de cassation belge de 1861 a déclaré que « la loi ne

reconnait pas l'état de faillite de fait et la masse faillie ne prend naissance que dans le jugement qui déclare la faillite (1) ».

37. — La jurisprudence française admet au contraire l'existence d'une faillite de fait. « Elle s'appuie sur la définition de l'article 437: ce texte n'exige pas pour qu'il y ait faillite un prononcé de jugement ; la cessation de paiements entraîne *ipso facto* la faillite pour le commerçant (2). »

Mais quelles sont les conséquences de cette faillite de fait ? Doit-elle notamment être retenue au point de vue de l'application ou de quelques-unes des applications de nos articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce ?

La jurisprudence admet que les actions en nullité résultant des articles 446 et 447 sont recevables sans qu'aucun jugement déclaratif ait été prononcé. En d'autres termes elle admet, indépendamment de tout jugement, l'application des nullités résultant de la période suspecte. Or si les articles 446 et 447 doivent être appliqués à cette situation, la logique exige rigoureusement que la disposition du deuxième alinéa de l'article 448 le soit aussi. Il en résulterait qu'un

1. Cass. belge, 21 février 1861 [Pasic, 61.1.142] ; 27 mai 1867 [Pasic, 67.1.316] ; Bruxelles, 25 juin 1861 [Pasic, 62.2.210] ; Gand, 25 novembre 1875 [Pasic, 76.2.90] ; 2 mai 1893 [S. 94.4.16] ; Tribunal commercial d'Anvers, 2 août 1892 [S. 93.4.29].

2. THALLER, n° 1714. Sic nombreux arrêts, nous nous bornons à citer les plus récents : Cass., 23 juillet 1884 [S. 86.1.309]. 22 février 1888 [S. 90.1.535] ; 20 avril 1889 [S. 89.1.425] ; 15 février 1897 [S. 97.1.233].

créancier chirographaire qui aurait saisi un immeuble appartenant au débiteur en cessation de paiements et contre lequel on invoquerait une hypothèque inscrite depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, pourrait faire prononcer la nullité de cette hypothèque par un tribunal civil.

Cela pourrait se présenter soit sous la forme d'une action en nullité directement intentée, soit sous la forme d'un contredit dans une procédure d'ordre.

38. — La doctrine se refuse à admettre la faillite de fait.

« Les règles de la faillite qui dérogent au droit commun sont introduites au profit de la masse. Cela est vrai des actions en nullité des articles 446 et 447 (ajoutons et de l'article 448-2°) et peut-être aussi de toutes les autres voies de droit instituées par le livre III. Or la masse, la réunion compacte de tous les créanciers dans un organisme juridique, ne peut être qu'une création du jugement déclaratif. En l'absence de ce jugement, il n'y a plus de masse existante (1). »

39. — *Déconfiture*. — Moins encore qu'à la faillite de fait, la disposition de notre article peut s'appliquer à la déconfiture. La déconfiture, état d'une personne non commerçante qui ne peut plus faire face à ses obligations, est un état inorganique qui exclut toute idée de masse. On peut regretter que notre légis-

1. THALLER, n° 1715. Sic FOURCADE, *Des faillites non déclarées*, p. 99 et ss. ; LYON-CAEN et RENAULT, t. 7, n° 189.

lation n'ait pas institué une faillite civile, comme l'ont demandé des auteurs éminents, et comme on l'a fait dans d'autres pays. Mais dans l'état actuel, non seulement l'organisation de la masse fait défaut, mais on n'a même pas la ressource d'invoquer l'article 437 du Code de commerce qui définit la faillite : l'état d'un *commerçant* qui cesse ses paiements.

« Les dispositions exceptionnelles des articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, sont, enseignent Aubry et Rau, spéciales à la faillite et ne sauraient être étendues à la déconfiture d'un débiteur non commerçant (1). »

40. — *Cession de biens*. — Nous donnerons la même solution, en matière de cession de biens volontaire ou judiciaire, en ce qui concerne du moins les créanciers qui n'ont point concouru au contrat d'abandon ou qui n'ont point figuré au jugement par lequel la cession a été admise (2).

Il n'y aurait cependant à notre avis rien d'excessif à décider, par application de l'esprit de l'article 2146, qu'un créancier hypothécaire, qui aurait été partie au contrat d'abandon ou au jugement admettant la cession de biens et qui n'inscrirait qu'après son adhésion au contrat ou sa participation au jugement une hypothèque qu'il aurait laissé ignorer jusque-là, pourrait voir l'efficacité de son inscription discutée : et le

1. AUBRY et RAU, t. 3, p. 332, § 272. Sic MERLIN, v° *Inscription hypothécaire*, § 13; TROPLONG, t. 3, n° 661; PONT, n° 876.

2. AUBRY et RAU, *loc. cit.*

résultat du litige dépendrait principalement des termes du contrat ou du jugement (1).

*
* *

41. — Quant à la liquidation judiciaire, les solutions sont absolument les mêmes que pour la faillite et il y a lieu de lui appliquer tout ce qui a été dit dans ce titre comme tout ce qui sera dit dans le titre suivant.

1. *Ibid.* — LAROMBIÈRE. *Obligations*.

TITRE II. — L'inscription des privilèges

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Observations générales. Division du titre.

42. — Aux termes de l'article 448 du Code de commerce, ce n'est pas seulement l'inscription des hypothèques qui est arrêtée et rendue inefficace par la prononciation du jugement déclaratif de faillite. C'est aussi l'inscription des *privilèges*.

Rappelons le texte : « Les droits d'hypothèque et
« de privilège valablement acquis pourront être ins-
« crits jusqu'au jour du jugement déclaratif de fail-
« lite. »

D'où il suit *a contrario* qu'à appliquer le texte dans toute sa rigueur, les droits de privilège valablement acquis, c'est-à-dire conférés par la loi qui, seule, attribue les privilèges, ne pourront être inscrits après le jugement déclaratif de faillite, ou s'ils sont inscrits, leur inscription sera frappée d'inefficacité.

43. — Ajoutons que cette disposition qui constitue, comme nous l'avons vu, l'alinéa 1^{er} de l'article 448 du Code de commerce est très aggravée par l'alinéa 2,

aux termes duquel, ainsi que l'on s'en souvient, « les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription ».

44. — De quels privilèges, la loi entend-elle parler ? Evidemment des privilèges sur les immeubles, les seuls qui puissent comporter une inscription.

Mais ici se place une observation préliminaire essentielle. L'article 448 du Code de commerce, n'ayant trait qu'au droit de préférence, est inapplicable à tout privilège dont l'inscription n'est requise qu'au regard du droit de suite. Cela nous permet de mettre hors de cause les privilèges généraux de l'article 2101 qui, au point de vue du droit de préférence, bénéficient de la dispense expresse d'inscription consacrée par l'article 2107 du Code civil (1).

Les privilèges visés par l'article 448 dans ses deux dispositions ne peuvent donc être que les privilèges immobiliers proprement dits, c'est-à-dire le privilège du vendeur (art. 2108), celui du copartageant, (art. 2109), celui des architectes et entrepreneurs, (art. 2110) et, pour parler comme l'article 2111, le privilège de séparation des patrimoines.

1. TARRIBLE, *Répertoire de Merlin*, v^o *Transcription*, § 2, n^o 5 ; TROPIONG, *Privilèges*, t. 1, n^o 274 ; AUBRY et RAU, p. 300 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. 1, n^o 808 ; FLANDIN, *Transcription*, t. 2, n^o 1030 ; RUBEN DE COUDER, v^o *Faillite*, n^o 456 ; LABORI, *Répertoire*, v^o *Inscription hypothécaire*, n^o 59, etc., etc...

C'est à ces privilèges et aussi à ceux qui sont établis par des lois spéciales que les deux dispositions de l'article 448 du Code de commerce se réfèrent ou peuvent se référer.

45. — Ici nous n'avons plus à nous préoccuper de la question discutée plus haut de savoir si la séparation des patrimoines est un simple *bénéfice* constitutif uniquement d'un droit de préférence ou un privilège proprement dit, assorti quant aux immeubles d'un droit de préférence et d'un droit de suite.

Le droit de préférence étant seul en jeu en matière de faillite, la question de savoir si la séparation des patrimoines est un bénéfice ou un privilège ne présente aucun intérêt et ne saurait faire varier les solutions.

46. — Il conviendrait, selon nous, d'ajouter à cette catégorie de privilèges, les hypothèques légales du pupille et de la femme mariée. Depuis la loi du 23 mars 1855, rien ne différencie ces deux hypothèques des privilèges immobiliers. C'est avec beaucoup de raison que M. Planiol a pu écrire que les privilèges véritables ne sont pas des droits réels, et que les privilèges immobiliers n'étaient pas autre chose que des hypothèques privilégiées.

« Le type de l'hypothèque privilégiée, dit M. Planiol, a été créé sous Justinien. Voici en quoi consiste l'innovation : étant donnée une hypothèque, on la soustrait à la règle commune qui détermine le rang par l'ordre des dates et on la fait passer avant celles qui lui sont antérieures. Ce qui fut fait alors pour la

première fois au profit de la femme mariée a été conservé depuis au profit de différents créanciers, avec des changements sensibles. »

Ainsi, d'après M. Planiol, à l'opinion duquel nous souscrivons pleinement, l'hypothèque de la femme mariée est non seulement un privilège immobilier, mais le prototype des privilèges immobiliers.

« Les privilèges immobiliers sont de véritables hypothèques. On peut renverser la proposition et dire que l'hypothèque de la femme mariée *qui jouit d'un classement de faveur* est un véritable privilège immobilier. »

Il y a lieu d'en dire autant, sous l'empire de notre législation contemporaine, de l'hypothèque du pupille.

Quelques objections pouvaient être faites avant la loi du 23 mars 1855 contre l'assimilation complète des hypothèques de la femme mariée et du pupille et des privilèges immobiliers. Les privilèges immobiliers jouissaient, au point de vue de la publicité qui en assurait la conservation, d'un délai de faveur plus ou moins long, mais qui dans tous les cas était destiné à prendre fin. Les hypothèques du pupille et de la femme mariée étaient indéfiniment, perpétuellement, dispensées d'inscription. Cette différence a disparu. Aux termes de l'article 8 de la loi de 1855 :

« Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit
« relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants
« cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui
« suit la dissolution du mariage ou la cessation de la
« tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers,

« que du jour des inscriptions prises ultérieurement. »

Ainsi la dispense d'inscription n'existe plus au profit des femmes mariées et des pupilles. Seulement la nécessité de l'inscription est retardée jusqu'à une époque fixée par le législateur de 1855 ; et si l'inscription est prise dans le délai, ses effets remontent à la date (ou aux dates) fixée par le Code civil pour la naissance du droit hypothécaire, ce qui est un avantage commun à tous les privilèges immobiliers.

Poussons plus loin la comparaison et examinons dans leur ensemble ce que certains représentants de la doctrine considèrent comme des ressemblances, ce qui nous apparaît à nous comme une identité de caractères.

Les privilèges immobiliers procèdent de la loi. C'est aussi de la loi que procèdent les hypothèques de la femme mariée et du pupille.

En quoi consiste le privilège du droit réel attribué aux personnes que notre Code déclare privilégiées sur les immeubles ? En ce que la loi leur accorde un certain délai — variable suivant la nature de la créance — pour l'inscrire et que l'inscription prise à bonne date produit son effet et détermine le rang du créancier à la date de la naissance de la créance.

En quoi consiste la sanction du retard dans l'inscription ? En ce que l'hypothèque, sans cesser d'exister, perd son caractère privilégié et ne prendra plus rang qu'à la date de l'inscription. C'est ce que décide l'article 2113 pour tous les droits que le législateur qualifie du nom de privilèges sur les immeu-

bles. C'est ce que décide l'article 6 de la loi de 1855, qui, sans nommer l'article 2113, place très évidemment les hypothèques du pupille et de la femme mariée sous le régime de cet article.

Dira-t-on que la loi de 1855 ne fixe pas un délai précis pour l'inscription des hypothèques qu'elle vise, que ce délai peut être plus ou moins prolongé suivant le temps que dure le mariage, ou pendant lequel se prolonge la tutelle? Mais l'article 2108 n'assigne pas non plus de délai fixe à la transcription qui conserve le privilège du vendeur.

Dira-t-on aussi que les hypothèques des femmes mariées et des pupilles sont des hypothèques générales? Mais le bénéfice (ou privilège) de séparation des patrimoines n'a pas moins de généralité.

Le premier comme les secondes rentrent absolument dans ces deux définitions de M. Planiol: « L'hypothèque légale est celle que le créancier possède de plein droit sans avoir besoin de se la faire donner par une convention. » « L'hypothèque privilégiée est celle que l'on fait passer (c'est-à-dire que la loi fait passer) avant celles qui lui sont antérieures. »

Cette identité absolue de caractères présente une importance considérable au point de vue des discussions dont nous allons entreprendre l'examen, et elle pourra nous aider à dégager un principe général qui dominerait toutes les solutions.

47. — Peu de matières ont donné lieu à autant de controverses dans la doctrine et à autant de contradictions dans la jurisprudence que cette question

de l'application aux privilèges immobiliers des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce.

Les auteurs ont procédé, dans l'étude de cette matière, les uns par voie d'analyse et les autres par voie de synthèse. Les premiers ont étudié distributivement l'application de l'article 448 du Code de commerce aux divers privilèges immobiliers et c'est aussi ce qu'a fait la jurisprudence. Les autres ont tenté une généralisation et sont arrivés à des solutions générales divergentes. Nous commencerons par suivre pas à pas les doctrines et les jurisprudences analytiques. Nous examinerons ensuite les tentatives de généralisation, et nous essaierons, dans la dernière partie de ce chapitre, de faire un choix entre les doctrines générales qui se partagent les suffrages des jurisconsultes les plus autorisés.

48. — Mais nous devons faire précéder l'étude des controverses auxquelles a donné lieu l'application aux privilèges de l'article 448 du Code de commerce, d'une observation essentielle : C'est que ces controverses ne visent que l'inscription *postérieure* à la faillite ou à l'ouverture de la période suspecte, de privilèges nés *antérieurement* au jugement déclaratif.

Tout privilège *né et inscrit postérieurement* à la déclaration de faillite échappe évidemment aux prescriptions de notre article (1).

Prenons par exemple le bénéfice de séparation des patrimoines : si l'individu *déjà* déclaré en faillite est

1. THALLER, n° 1054.

appelé à recueillir une succession, les créanciers héréditaires pourront incontestablement demander la séparation des patrimoines et requérir, dans le délai de six mois, l'inscription exigée par l'article 2111, sans avoir à craindre qu'on leur oppose l'état de faillite de l'héritier (1).

De même le failli étant appelé à une succession et, étant grevé de legs, les légataires pourraient inscrire sur les immeubles héréditaires, l'hypothèque que leur accorde l'article 1017 du Code civil (2).

De même encore, si, *postérieurement* au jugement déclaratif, il intervient un partage entre le failli et ses cohéritiers, ces derniers pourront faire inscrire leur privilège dans les soixante jours, conformément à l'article 2109 et la validité de cette inscription ne pourra être contestée (3).

49. — Sont au contraire discutés :

1^o Les privilèges immobiliers (ou hypothèques privilégiées) *nés avant* la faillite, *inscrits après* le jugement déclaratif. Leur inscription serait frappée de nullité impérative par le premier alinéa de l'article 448 du Code de commerce.

2^o Les privilèges immobiliers nés avant l'ouverture de la période suspecte, inscrits après l'ouverture de cette période, alors qu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de leur naissance et celle de leur

1. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. *Privilèges et hypothèques*, n° 1566.

2. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VII, n° 287.

3. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, *loc. cit.*

inscription. Ces privilèges semblent avoir été placés par le deuxième alinéa de l'article 448 sous une menace de nullité facultative.

Cette nullité facultative a remplacé, depuis 1838, la nullité impérative qui était prononcée par l'ancien article 443 du Code de commerce.

50. — Pour éviter autant que possible la confusion, nous diviserons cette partie de notre étude en deux chapitres, dont le premier sera consacré à la première disposition de l'article 448, et le second beaucoup plus restreint aux controverses soulevées par le second alinéa du même article.

Dans un troisième chapitre, nous tenterons d'esquisser une théorie générale, et nous rechercherons : 1° Si les législations étrangères n'ont pas apporté des solutions meilleures aux problèmes qui divisent nos auteurs et nos tribunaux ; 2° Si des modifications pratiques ne pourraient pas être apportées législativement à des dispositions, qui, interprétées diversement par les représentants de la doctrine et les monuments de la jurisprudence, ne mettent tout le monde d'accord que lorsqu'il s'agit de les condamner.

CHAPITRE PREMIER

Effets sur l'inscription des privilèges, du jugement déclaratif de faillite

SECTION I

Les hypothèques privilégiées de la femme mariée et du pupille.

51. — Il faut distinguer trois hypothèses :

1° Le jugement déclaratif de la faillite a été prononcé avant la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle ; 2° ce jugement a été prononcé plus d'un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle ; 3° ce jugement a été prononcé au cours de l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage.

52. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *La faillite a été déclarée au cours du mariage ou de la tutelle.* — Les auteurs sont d'accord sur ce point. Tant que le mariage ou la tutelle n'a pas pris fin, l'hypothèque de la femme mariée ou du pupille conserve toute sa valeur (droit de suite et droit de préférence) indépendamment de toute publicité (1). La raison qui a déterminé les rédacteurs du Code à s'écarter sur ce point du sys-

1. PLANIOL, vol. 2, n° 3035.

tème de la loi du 11 brumaire an VII, c'est-à-dire l'impossibilité morale et souvent même matérielle où se trouvent les incapables de faire inscrire leur hypothèque, subsiste tout entière, malgré la faillite du débiteur. La dispense d'inscription au profit des incapables peut être critiquée en législation, mais elle exprime trop exactement la pensée très nette des rédacteurs du Code pour admettre une restriction qu'ils n'ont ni prévue ni voulue (1).

53. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le jugement déclaratif de faillite a été prononcé plus d'un an après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle.* — Il semblerait que, dans cette hypothèse très nette, aucune dissidence ne pût s'élever. Le délai imparti par la loi de 1855, article 8, au pupille et à la femme mariée pour inscrire leur hypothèque est expiré. Cette hypothèque a cessé d'être privilégiée, et elle est placée par le législateur de 1855 sous le régime de l'article 2113. C'est une hypothèque ordinaire et, comme il est certain que les hypothèques ordinaires ne peuvent pas être inscrites après le jugement déclaratif de faillite (s'il en était autrement il faudrait rayer l'article 448 du Code de commerce), il devrait être certain aussi que le registre du conservateur des hypothèques est, après le jugement déclaratif de faillite, fermé aux hypothèques

1. Le système de la dispense d'inscription au profit des incapables a été vivement critiqué par LAURENT. Elle est supprimée dans le projet Darlan. V. LAURENT, t. 30, p. 235. Nous n'avons pas à examiner cette question, quant à présent. Nous y reviendrons dans la dernière partie de cette étude. V. *infra*.

du pupille et de la femme mariée découronnées de leur privilège, comme il l'est à toutes les hypothèques ordinaires.

Telle est en effet la solution presque universellement admise (1).

La jurisprudence a consacré de son côté cette solution si conforme à la raison : la situation de la femme et du pupille lorsqu'ils ont laissé expirer le délai imparti par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, est la même que celle d'un créancier qui aurait stipulé une hypothèque conventionnelle et l'article 448 devient applicable sans difficulté aucune (2).

La question posée une première fois devant la Cour de cassation en 1863 n'avait pas été résolue par la Chambre des requêtes (3).

La Cour de Rouen en fut saisie à son tour, en 1866, dans une affaire syndic Barbier contre Barbier fils. Le 12 juillet 1864, Barbier père avait été déclaré en faillite ; le 15 juillet, Barbier fils, majeur depuis plus d'un an, inscrivit sur les immeubles de son père, l'hypothèque résultant à son profit de l'article 2121 du Code civil. La question soumise à la Cour était donc

1. TROPLONG. *Transcription*, n° 317 ; MOURLON. *Transcription*, t. 2, n° 378 ; PONT. *Privilèges et hypothèques*, t. 2, n° 890, 895, 926 ; AUBRY et RAU, t. 3, § 269, texte et note 21 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. 3, n° 1381 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. 2, n° 1515 ; PLANIOL, t. 2, n° 3035 ; COLMET DE SANTERRE, t. 9, n° 120 bis, VI ; LYON-CAEN et RENAUULT, t. 2, n° 2713 ; BOISTEL, p. 635 ; DEMANGEAT SUR BRAYARD, l. 5, p. 288, note ; RUBEN DE COUDER, v° *faillite*, n° 446.

2. RUBEN DE COUDER, *op. et loc. cit.*

3. Cass., 2 mars 1863 [S. 63.1.425].

celle de savoir si, dans les circonstances de la cause, l'inscription de Barbier fils avait été prise régulièrement et utilement. La Cour de Rouen se prononça dans le sens de l'affirmative.

« Attendu, dit l'arrêt, que toute la législation sur les faillites repose sur cette double considération : empêcher les détournements du failli au préjudice de ses créanciers et assurer entre ceux-ci une complète égalité ; que c'est dans cet esprit, sans doute, qu'ont été édictées les dispositions de l'article 448 du Code de commerce ; mais que les dispositions de cet article, néanmoins, ne comprennent que les hypothèques conventionnelles et judiciaires toujours soumises à l'inscription et ne s'étendent pas aux hypothèques légales qui en sont dispensées par l'article 2135 du Code Napoléon à raison de leur caractère particulier et de la faveur qui s'y attache ; que cette interprétation de l'article 448 du Code de commerce est celle admise par la doctrine et la jurisprudence qui ont toujours décidé qu'au cas de faillite, l'hypothèque légale devait valoir sans inscription, et que, soit l'inscription recommandée par l'article 2136 du Code Napoléon, soit celle prescrite, en cas de purge, par l'article 2194 du même Code, pouvaient être prises indifféremment avant ou après l'ouverture de la faillite.

« Attendu que la loi du 23 mars 1855 a eu principalement pour but d'assurer, autant que possible, à l'égard des tiers, la publicité de tous les droits réels, sans toutefois toucher à la nature et au caractère de ces droits en eux-mêmes ; que rien, ni dans

les motifs, ni dans le texte de cette loi, ne contredit cette appréciation et qu'il en est spécialement ainsi en ce qui touche les hypothèques légales ; qu'en effet l'article 8 de cette loi, relatif à ce genre d'hypothèques, en modifiant le principe précédemment posé dans l'article 2135 du Code Napoléon, se borne à dire qu'à l'avenir la femme mariée, le mineur et l'interdit devront, pour conserver tous les avantages de leur hypothèque légale, l'inscrire dans l'année qui suivra la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, et les autorise en même temps à l'inscrire encore, même après ce délai, mais en restreignant, dans ce cas, ses effets à la date où elle aura été inscrite ; qu'une telle disposition, sans aucune incertitude, maintient l'hypothèque légale dans les deux hypothèses qu'elle prévoit, et, sans prononcer aucune nullité dans aucune de ces hypothèses, ne modifie son état ancien qu'au seul point de vue de son rang et des effets qu'elle doit produire ; que l'erreur du premier juge vient uniquement de ce qu'il a confondu le maintien même de l'hypothèque légale à laquelle le législateur n'a pas voulu toucher et à laquelle il ne touche pas dans le texte de la loi, avec les effets de cette hypothèque, que seuls il a voulu modifier, et qu'il a en réalité modifiés dans l'intérêt des tiers.

« Attendu que, si tel est le sens qu'il convient de donner à l'article 448 du Code de commerce et à l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, c'est-à-dire s'il est vrai, d'une part que l'article 448 du Code de commerce, ne comprend pas dans ses dispositions l'hypo-

pothèque légale, et de l'autre que l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, sans toucher au maintien même de l'hypothèque légale n'a fait qu'en modifier les effets, on arrive à cette conclusion qui concilie ces deux dispositions dans leur application, que l'hypothèque légale étant maintenue dans son existence par la loi du 23 mars 1855, reste, comme précédemment, en dehors de l'article 448 du Code de commerce, et qu'elle peut conséquemment continuer à être inscrite, comme elle le pouvait auparavant déjà dans les circonstances prévues par les articles 2136 et 2194 du Code Napoléon, ses effets seulement se trouvant modifiés par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.

« Attendu que de tout ce qui précède, il résulte que Léon Barbier fils a pu régulièrement inscrire son hypothèque légale trois jours après la déclaration de faillite de son père, et que cette inscription peut être utilement opposée aux créanciers de la faillite dont l'inscription est postérieure à la sienne (1)... »

Nous avons reproduit *in extenso* les principaux considérants de cet arrêt, parce qu'il constitue un véritable corps de doctrine et qu'il est manifeste que les magistrats qui l'ont rendu ont eu l'intention d'édifier de toutes pièces une théorie complète de la réforme introduite par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.

1 Cour de Rouen du 11 mai 1866 dans Cass. du 17 août 1868, [S. 68, 1.377].

54. — Nous croyons devoir résumer pour les mettre plus complètement en lumière les principaux points de la doctrine de la Cour de Rouen.

L'idée directrice dont la Cour s'est inspirée, c'est que la loi de 1855 n'a eu en vue que le droit de suite, et que c'est en vue de ce droit qu'elle a rétabli des mesures de publicité autrefois créées par la loi du 11 brumaire an VII, ou institué des mesures de publicité nouvelles, en vue de cas que cette loi n'avait pas visés.

Du droit de préférence, la loi de 1855 ne s'est nullement inquiétée, et toutes les dispositions des lois antérieures qui ne concernaient que le droit de préférence n'ont subi aucune modification.

Tel est le cas de l'article 448 du Code de commerce. Le droit de suite est indifférent aux préoccupations de cet article. En conséquence, il n'existe aucun lien entre lui et les dispositions, quelles qu'elles soient, de la loi de 1855, sans en excepter l'article 8. La situation est donc ce qu'elle était avant la loi de 1855 : et, après cette loi comme auparavant, les hypothèques légales de la femme mariée ou du pupille demeurent opposables à la masse de la faillite à quelque moment qu'elles aient été inscrites.

En même temps, l'arrêt de la Cour de Rouen ouvre une question qu'il ne résout pas parce qu'il n'a pas besoin de la résoudre. Il observe presque incidemment que l'hypothèque du mineur devenu majeur a été inscrite avant l'hypothèque de l'article 490 du Code de commerce, ce qui conduit à se demander si

la Cour aurait maintenu sa solution dans le cas où l'hypothèque légale du mineur aurait été inscrite postérieurement à l'inscription prise par le syndic au profit de la masse.

55. — La Cour de Rouen a-t-elle fait une fausse appréciation de la portée et de l'esprit de la loi de 1855 ?

A vrai dire, aucune des dispositions de cette loi ne permet de l'affirmer avec sûreté et la théorie de la Cour de Rouen était et demeure très soutenable.

La Cour de cassation ne l'a cependant point adoptée.

« Attendu, dit la Cour suprême, que l'article 448, § 1 du Code de commerce, dispose que les privilèges et hypothèques ne pourront être inscrits que jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite ; que cette prohibition a pour but de protéger la masse des créanciers du failli contre des hypothèques ou privilèges qui ont été tenus secrets, alors qu'ils devraient être rendus publics par l'inscription.

« Attendu que si, jusqu'à la loi du 23 mars 1855, la disposition ci-dessus rappelée ne pouvait être appliquée à l'hypothèque du mineur, de la femme mariée ou de l'interdit, puisqu'aux termes de l'article 2135 du Code Napoléon, cette hypothèque existait alors indépendamment de cette inscription, il en doit être autrement depuis que l'article 8 de la loi de 1855 a édicté, qu'à défaut d'inscription dans un délai déterminé, l'hypothèque n'aura de date à l'égard des tiers que du jour de l'inscription prise ultérieurement ; qu'il résulte de ces termes de la loi nouvelle, emprun-

tés d'ailleurs à l'article 2134 du Code Napoléon, que l'hypothèque légale, à partir de l'expiration du délai imparti, est assimilée, en ce qui regarde l'inscription, aux mêmes règles et conditions légales que l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire : que, dès lors s'il survient un jugement déclaratif de faillite, qui, en vertu de l'article 448 du Code de commerce, mette obstacle à l'inscription de l'hypothèque ordinaire, il en doit être de même de l'inscription tardive de l'hypothèque légale ; que le retard apporté à l'inscription de l'une comme de l'autre peut être un danger pour les tiers et une fraude à leurs droits ; que ce retard est moins excusable pour l'inscription de l'hypothèque légale qui jouit toujours, quoi qu'il arrive, d'un délai d'une année au moins depuis la cessation de la tutelle ou du mariage tandis que l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire à peine obtenue, peut être immédiatement frappée de déchéance par le jugement déclaratif de faillite ; que le texte de la loi et son esprit concourent donc à justifier l'application de l'article 448 § 1 à l'hypothèque de la tutelle et du mariage...

« Attendu, en principe, que toute inscription d'hypothèque ou de privilège est édictée dans l'intérêt des tiers, quels qu'ils soient, qui traitent avec le propriétaire de l'immeuble, et que tous créanciers, tant hypothécaires que chirographaires peuvent se prévaloir du défaut ou de la nullité de l'inscription ; que si la loi de 1855, en traitant de la transcription des actes translatifs de propriété immobilière ou des droits réels susceptibles d'hypothèque, a, dans ses

articles 3 et 7, exclusivement réservé aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois, la faculté de se prévaloir du défaut de transcription, elle s'est autrement exprimée, lorsqu'elle s'est occupée dans son article 8 de l'inscription de l'hypothèque légale ; qu'elle a dit alors qu'à défaut d'inscription dans le délai imparti, cette hypothèque ne daterait à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement ; qu'en désignant ainsi les tiers d'une manière générale, elle a entendu maintenir les principes reçus en matière d'inscription (1). »

56. — Il y aurait beaucoup à dire sur cet arrêt : la rédaction en est faible et quelques-uns de ses considérants sont d'une orthodoxie juridique douteuse.

Ainsi est-il bien sûr que les créanciers chirographaires soient du nombre des tiers dont l'intérêt a préoccupé le législateur de 1855 ? Et suffit-il pour donner au mot « tiers » une acceptation générale qu'il ne soit pas suivi comme dans les articles 3 et 7 de la précision : « qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois » ?

Au fond l'arrêt n'est qu'une longue affirmation d'une intention du législateur qu'il ne ne démontre pas. Et pourtant nous croyons que cette intention d'effacer un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle *toutes* les différences

1. Cass., 17 avril 1868 [S. 68.1.377].

entre les hypothèques des incapables et les hypothèques conventionnelles ou judiciaires a bien été celle des rédacteurs de la loi de 1855. La loi de 1855, dans leur pensée, n'était qu'une pierre d'attente. La question se posait entre l'imposition du système de la publicité à toutes les hypothèques, tel que l'avait organisé la loi du 11 brumaire an VII, l'établissement d'un système *commun à toutes les hypothèques* et le système de la clandestinité rétabli par le Code au profit des pupilles et des femmes mariées et, sur ce point, l'exposé des motifs s'exprimait en ces termes :

« L'existence de l'hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, a soulevé d'interminables débats ; nous ne voulons pas donner le plus léger prétexte à les renouveler. Cette grande faveur sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être, tant que la femme sera dans la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien, tant que le mineur sera sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription si elle était nécessaire. La loi supplée par une protection peut-être exorbitante à la résistance du mari ou du tuteur ; mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de publicité reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune (1). »

1. SIREY. *Lois annotées*. 1855, p. 25.

D'ailleurs, l'article 8 de notre loi est emprunté à un projet de loi générale sur la réforme hypothécaire soumis à l'Assemblée Législative en 1850 et 1851. C'est l'amendement Demante et Gaslonde, discuté aux séances des 7 et 8 janvier 1851, et adopté comme correctif à la clandestinité des hypothèques de la tutelle et du mariage, après rejet du principe de publicité absolue que proposait la commission (1). On proposa un moyen terme.

La question se posait alors entre l'application d'un régime commun à toutes les hypothèques et le maintien de l'occultanéité en faveur des hypothèques du pupille et de la femme mariée. Dans la pensée des auteurs de l'amendement (MM. Demante et Gaslonde) l'assimilation devait se faire, sauf l'octroi d'un répit aux incapables avant qu'ils retombassent d'un régime privilégié au régime de droit commun. Ni les termes ni le sens du problème n'avaient changé en 1855. C'est donc à bon droit que l'arrêt de 1868 repousse l'idée d'une assimilation partielle des hypothèques légales aux hypothèques ordinaires en cas d'inscription tardive, et conclut à l'assimilation intégrale, tant au point de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite. Mais ce que la Cour suprême affirme, elle ne le démontre pas.

« Le système qui fait rentrer les hypothèques légales non inscrites en temps utile dans la catégorie des hypothèques ordinaires est, selon nous, conforme à

1. *Moniteur universel* des 8 et 9 janvier 1851, p. 59, 70, 75.

l'esprit de la loi de 1855. Est-il vrai en effet de dire, avec la Cour de Rouen, que l'hypothèque légale, même alors qu'elle n'a pas été inscrite dans le délai de la loi de 1855, conserve, en dépit de la négligence du créancier, le caractère et la nature qui lui sont propres et que ses effets seuls sont modifiés sans que son existence en subisse aucune atteinte ? Ce système, comme le faisait observer devant la Chambre des Requêtes, M. l'avocat général Paul Fabre, conduisant à l'admission du pourvoi, n'aboutirait-il pas à la création d'une nouvelle hypothèque mixte, inconnue jusqu'à la loi de 1855 et créée par cette loi qui, en voulant simplifier la législation hypothécaire y aurait par cela même introduit une singulière complication (1) ? »

La question peut être considérée comme définitivement tranchée. L'inscription, après l'année qui lui est impartie de l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, est arrêtée par la déclaration de faillite.

Nous ajouterons que cet arrêt se produit indépendamment de la prise par le syndic, au profit de la masse, de l'inscription de l'article 490 du Code de commerce. Ce n'est point cette inscription, mais bien le jugement déclaratif de faillite, qui ferme pour les créanciers hypothécaires du failli le registre du conservateur des hypothèques.

57. — TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *Le jugement déclaratif de faillite a été prononcé moins d'un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.* —

1. Note au Sirey, 1868, sous l'arrêt précité.

C'est au regard de cette hypothèse que la controverse aurait pu être plus vive. Précisons bien les circonstances envisagées. Le délai d'inscription court déjà contre le pupille ou la femme mariée, mais il n'est pas expiré et l'ouverture de la faillite se produit alors que l'inscription n'a pas encore été prise. Deux systèmes pouvaient se concevoir et être appuyés, de part et d'autre, sur des arguments sérieux : l'un qui se serait fondé sur la généralité des termes de l'article 448, § 1^{er} et qui aurait déclaré inopérante l'inscription de l'hypothèque du mariage ou de la tutelle dès que, la dispense d'inscription étant venue à disparaître, la femme mariée, le mineur, l'interdit se seraient laissé devancer par le jugement déclaratif de faillite ; l'autre qui aurait déclaré valable l'inscription de l'hypothèque légale après l'ouverture de la faillite, pourvu que cette inscription fût prise avant l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle.

Quelques voix isolées et sans autorité se sont élevées en faveur de la solution la plus rigoureuse. Mais la jurisprudence et la doctrine se sont unanimement, pour ainsi dire, prononcées dans le sens le plus favorable au pupille et à la femme mariée. Les auteurs même qui appliquent impitoyablement aux privilèges immobiliers la forclusion de l'article 448-1^{er}, par une contradiction singulière, épargnent cette forclusion aux deux privilèges immobiliers consacrés par l'article 2135 du Code civil au profit des femmes mariées et des personnes en tutelle.

58. — *Doctrine.* — Une revue rapide des solutions formulées par les jurisconsultes les plus en vue nous permettra de démontrer l'exactitude de notre affirmation.

M. Thaller : « Les hypothèques du mineur ou de la femme seront exercées dans la faillite sans avoir été inscrites avant son ouverture (arg. art. 508). Toutefois, si le mariage venait à se dissoudre ou la tutelle à cesser, soit avant, soit *pendant la faillite*, les intéressés devraient pour la conservation de leurs droits, prendre l'inscription au plus tard dans l'année suivante : l'hypothèque rétroagirait au jour du commencement du mariage ou de la tutelle (1). »

MM. Lyon-Caen et Renault se bornent à dire sans entrer dans aucune discussion : « Tant qu'on est dans l'année (qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage) l'inscription peut être utilement prise, bien qu'une déclaration de faillite du tuteur ou du mari soit survenue (2). »

Mourlon, dans son *Traité de la transcription* cite en y adhérant cette opinion de Paul Pont : « (Si l'hypothèque du mineur ou de la femme mariée a été inscrite au cours de l'année dans laquelle elle doit l'être) le droit du créancier hypothécaire est fixé : il reste dans les conditions mêmes où il a été originellement établi : c'est l'effet de l'inscription qui, ayant

1. THALLER. *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 2053.

2. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de Droit commercial*, t. VII, n° 209.

été faite en temps utile, a consolidé ce droit et lui a permis de se produire tel que le Code Napoléon l'a constitué (1). »

Aubry et Rau, en enseignant que, par suite de la limitation à une année après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, de la dispense d'inscription admise en faveur de nos deux hypothèques légales, ces hypothèques tombent, *pour le temps postérieur*, sous le coup des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce, proclament par là même que, *pour le temps antérieur* à l'expiration de l'année, elles continuent à bénéficier de la dispense qui existait à leur profit avant l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 et que, par conséquent, *tant que l'année n'est pas expirée*, elles peuvent s'inscrire même après le jugement déclaratif de faillite (2).

M. Ruben de Couder, qui admet la même solution, la justifie par une explication ingénieuse, quoiqu'un peu subtile : « Il faut, dit-il, tenir pour valable l'inscription qui ne serait prise qu'après le jugement déclaratif de la faillite. La dispense d'inscription peut être assimilée à une inscription tacite, une inscription légale, dont l'inscription ordonnée par la loi de 1855 (art. 8) ne serait que le renouvellement ; en d'autres termes, la personne à laquelle appartient l'hypothèque légale est dans la même situation qu'une per-

1. MOURLON. *Traité de la Transcription*, t. II, n° 878 ; PAUL PONT, *Privilèges et hypothèques*, n° 831.

2. AUBRY et RAU, t. III, p. 307, note 21.

sonne qui aurait déjà inscrit, mais dont l'inscription pour ne pas se trouver périmée, aurait besoin d'être renouvelée avant l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou l'expiration de la tutelle. La faillite ne doit donc pas plus faire obstacle à cette inscription de l'hypothèque légale qu'au renouvellement d'une inscription ordinaire (1).

MM. Lyon-Caen et Renault ont d'ailleurs laissé entrevoir la même idée sans la formuler expressément, en écrivant immédiatement après le passage qui vise les inscriptions prises en renouvellement : « L'article 8 de la loi du 23 mars 1853 offre une hypothèse qui présente beaucoup d'analogie avec celle qui vient d'être indiquée (2). »

59. — *Jurisprudence.* — Il ne semble pas que la validité de l'inscription de la femme mariée ou du pupille prise dans l'année impartie par l'article 8 de la loi du 23 mars 1853, mais après la faillite du mari ou du tuteur ait jamais été contestée devant les tribunaux.

60. — Nous nous trouvons donc en présence d'une opinion unanime. Cette opinion nous paraît parfaitement sage et fondée.

Et cependant elle aurait pu être contestée comme contraire à l'article 448-1^o du Code de commerce, par les auteurs qui appliquent avec une complète rigueur, les termes de cet article. Il semble contradictoire de

1. RUBEN DE COUDER. *Dict. de dr. commercial*, v. *faillite* n^o 447.

2. Dans le même sens : DEMANGEAT sur BRAVARD, t. V, p. 288, note ; LAROCQUE-SAYSSINEL t. I, n^o 391 ; TROLONG, *de la transcription*, n^o 317, etc.

traiter différemment les hypothèques privilégiées de la femme mariée et du pupille, et les autres hypothèques privilégiées énumérées au Code civil à la Section IV du titre des privilèges et hypothèques.

Nous nous contentons, quant à présent, de prendre acte de la contradiction.

SECTION II

Le privilège du vendeur d'immeuble (2108 C. civil) et l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (1654 C. civil)

61. — En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 448 du Code de commerce au privilège du vendeur, la discussion a pris une ampleur d'autant plus grande qu'elle a porté non pas seulement sur le droit de préférence et le conflit du vendeur d'immeuble avec les créanciers chirographaires du failli, mais aussi sur le droit de résolution du vendeur non payé.

On sait en effet que le Code donne au vendeur deux garanties : le privilège consacré par l'article 2102 s'il s'agit de meubles, par l'article 2108 lorsque l'objet vendu est un immeuble, — l'action en résolution pour défaut de paiement du prix basée sur l'article 1654.

62. — Il semblerait tout d'abord que les ventes immobilières soient les seules dont nous ayons à nous préoccuper, puisque, seules, elles sont soumises à la règle de la publicité : mais il convient de remarquer dès à présent que le régime de la publicité a été ap-

pliqué aux ventes de navires par les lois de 1874 et 1885 sur l'hypothèque maritime, et aux ventes de fonds de commerce par les lois des 17 mars et 1^{er} avril 1909. Pour ne pas jeter de confusion dans notre discussion, nous réserverons à ces lois nouvelles un chapitre spécial.

63. — La première question que nous avons à examiner dans ce paragraphe est nettement posée par M. Ruben de Couder.

« On sait, dit-il, que, aux termes de l'article 2108 du Code civil, le vendeur d'un immeuble conserve son privilège par la transcription de l'acte de vente qui supplée l'inscription et lui en tient lieu.

« Mais cette transcription n'a point été assujettie à un délai quelconque, à l'expiration duquel elle ne pourrait plus avoir lieu. En principe, le privilège du vendeur, transcrit dix ans, ou même vingt ans après le jour de la vente, primera parfaitement tous droits de privilège ou d'hypothèque nés du chef de l'acheteur.

« ... Si la transcription n'a été faite qu'après le jugement qui déclare la faillite de l'acheteur, y aura-t-il impossibilité pour le vendeur de se présenter à la faillite comme privilégié (1) » ?

64. — La seconde question se formule en ces termes : « A la différence du vendeur de meuble, le vendeur d'immeuble peut résoudre la vente, d'après l'article 1654 et reprendre son immeuble *in rem*, par

1. RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, v^o *faillite*, n^o 458.

préférence aux créanciers de l'acheteur, en faisant tomber le contrat, il sera présumé n'avoir jamais perdu la propriété. L'exercice de ce droit n'est pas contestable, lorsque le vendeur a conservé son privilège par une transcription antérieure au jugement déclaratif de faillite : mais que décider au cas où, faute de transcription faite avant le jugement déclaratif, le privilège serait perdu comme le prétendent de nombreux auteurs et comme cela a été décidé par plusieurs arrêts ? Le vendeur serait-il encore fondé à user de l'action résolutoire ? En d'autres termes, si le privilège n'est pas conservé par une transcription antérieure au jugement déclaratif de la faillite (car la question ne se soulèverait pas si l'on admet la conservation du privilège) le droit de résolution survit-il à l'extinction du privilège résultant de la forclusion de la transcription (1) ?

65. — Les deux questions doivent être étudiées distributivement. Nous examinerons donc successivement les solutions proposées : 1° quant au privilège ; 2° quant à l'action résolutoire.

§ 1. — LE PRIVILÈGE DU VENDEUR D'IMMEUBLE.

66. — *Le privilège du vendeur d'immeuble est-il conservé par l'effet d'une transcription postérieure au jugement déclaratif de faillite ?*

La controverse sur ce point a été très vive. Elle a

1. Conf. THALLER, *op. cit.*, n° 2061.

inspiré à des auteurs de haute notoriété des articles importants.

Nous donnerons d'abord les solutions des partisans de l'affirmative. Parmi ces derniers, nous citerons en première ligne M. Paul Pont qui ne s'est pas contenté de l'adopter dans son *Traité des privilèges et hypothèques* (1), mais qui, répondant à une dissertation de M. Rivière dont nous parlerons plus loin, a, dans la *Revue Critique*, consacré une étude spéciale à notre question.

67. — « En thèse générale, enseigne M. Paul Pont, on peut dire que l'efficacité du privilège, comme celle de l'hypothèque, est subordonnée à certaines conditions de publicité, qui se résument d'ordinaire dans une *inscription*. C'est, en effet, par l'inscription que le créancier vivifie en quelque sorte son droit... Il est vrai de poser en principe que le créancier est toujours à même de s'inscrire tant que l'immeuble, objet de son droit, demeure entre les mains de l'obligé...

« En général, disons-nous, et cela même fait pressentir que la règle a des exceptions. La loi en effet en signale deux fort notables. La première indiquée déjà dans l'article 2146 du Code Napoléon est précisée dans l'article 448 du Code de commerce duquel il résulte que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits seulement jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite du débiteur ; la seconde est formulée dans le

1 PAUL PONT. *Privilèges et hypothèques*, n°s 902 et s.

dernier paragraphe de l'article 2146 du Code Napoléon (1). »

Et, après avoir donné la raison dont s'est inspiré le législateur : le souci de maintenir l'égalité entre les créanciers de la faillite, la préoccupation d'empêcher les fraudes et les collusions, M. Pont poursuit :

« Telle est l'économie de la loi : il s'agit maintenant de savoir si les dispositions exceptionnelles en sont applicables même au vendeur créancier de son prix. »

68. — La question posée, après une excursion dans la jurisprudence de l'époque qu'il accuse, non sans raison, d'incertitude, M. Pont aborde la thèse .

« Le vendeur non payé, quand l'acquéreur n'a pas fait transcrire la vente, conserve, avec le droit de faire faire lui-même la transcription du contrat, le privilège qui assure le paiement du prix, *même après le jugement déclaratif de la faillite de l'acquéreur...*

« Cette proposition serait insoutenable, si le privilège du vendeur ne pouvait avoir d'effet que par une *inscription*, puisque l'inscription nécessaire n'a pas été faite avant l'instant où, d'après l'article 2146 du Code Napoléon et l'article 448 du Code de commerce, elle ne peut plus être prise. Mais le privilège du vendeur apparaît à nos yeux sous un aspect bien différent : il est soumis à des conditions spéciales ;

1. Relatif au décès du débiteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession. Cette matière est traitée dans notre deuxième partie.

il naît, il se conserve, d'une manière toute particulière, en se manifestant...

«... Précisons la théorie de la loi.

« En principe dans un bon régime hypothécaire, tout droit réel, dès qu'il se forme, doit être porté à la connaissance du public, car, d'une part, un tel droit s'exerce à l'encontre de tous et il faut bien alors que chacun puisse le connaître, pour qu'il soit averti de le respecter; d'autre part, il affecte la chose qu'il amoindrit par cela même, et il faut bien que l'affectation soit ou puisse être connue de ceux qui traiteraient avec le propriétaire, pour qu'ils puissent mesurer le crédit hypothécaire de ce dernier...

« Et maintenant comment la publicité doit-elle se produire en ce qui concerne spécialement le privilège du vendeur?... »

69. — Nous pouvons ici abrégier la citation. La publicité, au regard du privilège du vendeur, se produit, conformément à l'article 2108, par *la transcription du titre translatif de propriété*. Or cette transcription, depuis la loi du 23 mars 1855, a une double portée: « Le moyen spécial par lequel le privilège du vendeur se révèle au public, est aussi désormais *l'instrument nécessaire* pour opérer la transmission de la propriété au regard des tiers, et par conséquent *l'instrument même qui donne naissance au privilège en lui donnant sa raison d'être*. »

70. — Après avoir constaté que des théories divergentes sur l'interprétation de l'article 2108 s'étaient

produites avant la loi de 1855 (1), M. Pont continue en ces termes :

« De toutes ces théories, une seule peut désormais se produire juridiquement : C'est que, même dans la vente, c'est par la transcription seulement que la transmission de la propriété peut être consommée et consolidée sinon entre les parties, du moins au regard des tiers » — « Cette théorie porte avec elle la définition la plus nette des droits et de la situation du vendeur non payé d'un immeuble. Il en résulte avec évidence que, même après la convention de vente intervenue entre le vendeur et l'acquéreur, il n'y a pas transmission de la propriété *au regard des tiers* tant qu'il n'y a pas transcription — et, par conséquent, que pendant l'espace de temps qui existe entre le contrat de vente et la transcription de ce contrat, la propriété ne cesse pas, du moins vis-à-vis des tiers, de résider sur la tête du vendeur, nonobstant la perfection de la vente entre les parties. *De privilège, il n'en est pas question jusque-là*, et il n'en peut pas être question puisque c'est par la transcription même que le privilège prend naissance ; mais, à vrai dire, le vendeur n'en a pas besoin, car, comme à défaut de transcription, la propriété n'est pas transmise au regard des tiers, le vendeur trouve, dans le droit même de propriété qu'il retient, la sûreté qui, si la transcription était accomplie, lui serait offerte par le privilège, simple démembrement de la propriété. »

1. V. PAUL PONT. *Traité des privilèges et hypothèques*, n^{os} 257 et s.

71. — Nous sera-t-il permis de mettre sous une autre forme, l'argument de l'éminent jurisconsulte ? Il y a deux qualités qui sont incompatibles et qui s'excluent l'une l'autre : celle de propriétaire d'un immeuble et celle de créancier du prix de cet immeuble. Le prix suppose l'échange (au sens économique du mot) et n'existe pas tant que l'échange n'est pas consommé par le déplacement de la propriété. Or le privilège, garantie attachée à la créance du prix par la loi elle-même, ne peut exister avant la créance qu'il garantit. Or cette créance ne naît au regard des tiers, dont l'intérêt est en jeu, qu'au moment où le déplacement de la propriété est consommé par la transcription.

72. — Et aussitôt M. Paul Pont fait apparaître une considération de bon sens et d'équité : « N'apparaît-il pas, dit-il, qu'entre le vendeur non payé qui excipe de son droit et les créanciers de la faillite de l'acquéreur qui argumentent de ce qu'au jour de la faillite la vente ne s'est pas trouvée transcrite, l'avantage doit rester au premier ? Ce serait incontestable assurément si nous supposions le vendeur en présence des créanciers de son acquéreur *in bonis*. Le vendeur, en ce cas, aurait deux voies également sûres, entre lesquelles il serait libre de choisir sans aucune contestation : — ou bien s'autorisant lui-même de ce que la vente n'est pas transcrite, il invoquerait le droit de propriété qui, à défaut de transcription, n'a pas cessé de résider sur sa tête, au moins au regard des tiers, — ou bien il ferait faire lui-même la transcription, qui n'est pas tardive puisque l'immeuble est

encore aux mains de l'acquéreur, et, s'attachant au privilège que la transcription fait naître *en même temps* qu'elle opère vis-à-vis de tous la consolidation de la propriété sur la tête de l'acquéreur, il prendrait le pas sur les créanciers même hypothécaires de ce dernier, lesquels n'ont pu traiter avec lui que sous la réserve du privilège du vendeur, privilège toujours menaçant tant que la transcription n'est pas faite... »

73. — En est-il autrement lorsque le vendeur s'est laissé surprendre par la déclaration de la faillite de son acquéreur? Non, répond M. Paul Pont, parce que la faillite n'influe pas sur les conditions constitutives de la vente, ou plus exactement de la transmission définitive de la propriété. Non, parce que la loi, qui fait de la transcription une condition nécessaire de l'aliénation au regard des tiers, « reste avec ses prescriptions toujours dominantes ».

Tout le monde reconnaît qu'avant la transcription et jusqu'au moment où elle est effectuée, le vendeur peut affecter hypothécairement l'immeuble qu'il avait déjà vendu, consentir même une vente nouvelle, et que la publicité donnée à ces droits par ceux qui les auraient obtenus du vendeur, les ferait triompher de toute réclamation du premier acquéreur.

74. — Mais il y a une objection à prévoir et elle a été, d'ailleurs, bien souvent formulée (1). De ce que la vente, l'hypothèque consenties à des tiers, tant que les droits du premier acquéreur n'ont pas été

1. RIVIÈRE. *Questions sur la transcription*, n^{os} 370-376.

consacrés par la publicité, sont parfaitement valables si le nouvel acquéreur, si les créanciers hypothécaires prennent la précaution de consolider leur situation par la publicité correspondant à la nature de leur droit, il ne s'ensuit pas que le vendeur qui est de mauvaise foi, puisse invoquer à son profit le bénéfice de dispositions législatives qui n'ont pas été édictées en sa faveur.

Ce vendeur qui consent une vente nouvelle en dépit de l'article 1599, qui hypothèque un immeuble dont la propriété lui a déjà échappé aux termes des articles 711 et 1138 du Code civil, est un « stellionataire » et le mot est pénible si, depuis l'abolition de la contrainte par corps, la chose même a beaucoup perdu de sa gravité.

75. — N'exagérons rien: le vendeur que la faillite de son acquéreur surprend et qui se trouve exposé à perdre son immeuble, ou tout au moins à l'échanger contre un dividende peut-être infime, ne commettra pas une action immorale s'il trouve un acquéreur solvable et qu'il se hâte de lui consentir une vente que cet acquéreur se hâtera de faire transcrire.

Si l'on considérait un acte de cette nature comme immoral, il faudrait rayer comme entachés de la même immoralité les articles 556 et 557 du Code de commerce et l'article 1613 du Code civil qui accordent au vendeur à crédit d'effets mobiliers le droit de refuser la délivrance, ou de revendiquer les objets vendus, en cours de route, en cas de faillite de l'acheteur.

76. — Or le défaut de transcription est à la vente immobilière ce qu'est le défaut de délivrance à la vente des meubles, on peut s'en rendre compte par le rapprochement dans le Code civil des deux articles 1140 et 1141 qui posent évidemment la même question, dont la solution est donnée, pour les meubles par l'article 1141 lui-même, tandis que, pour les immeubles, la solution, demeurée en suspens par suite de dissidences entre les rédacteurs du Code, n'a été apportée que par la loi du 23 mars 1855.

Cette loi a résolu le problème du déplacement de la propriété au regard des tiers par une assimilation de la transcription en matière immobilière à la tradition en matière mobilière. On peut donc considérer que, tant que la transcription n'est pas intervenue, le vendeur d'un immeuble conserve au regard des tiers, la propriété de sa chose, comme le vendeur d'un meuble la conserve par ce seul fait que la délivrance n'a pas été consommée et que, ni pour le vendeur d'immeuble ni pour le vendeur d'effets mobiliers, il n'y a immoralité à disposer de l'objet vendu alors que la faillite imprévue, inopinée du débiteur l'avertit qu'il ne sera pas payé intégralement ou même qu'il ne sera pas payé du tout.

77. — Après cette longue parenthèse dans laquelle nous ne croyons pas avoir altéré l'esprit du système que nous étudions, nous revenons à l'exposition de la doctrine de M. Paul Pont.

« En définitive, dit celui-ci, on reconnaît que les tiers, sinon le vendeur lui-même, peuvent se préva-

loir des droits à eux conférés par ce dernier même après la vente qu'il a consentie, et armés de ces droits, prendre le pas sur l'acquéreur qui a négligé de faire transcrire : il n'en faut pas davantage car que résulte-t-il de là ? Qu'il est loisible au vendeur de se procurer *indirectement* tous les effets de son privilège au moyen d'affectations hypothécaires ou d'aliénations qu'il fera toujours utilement, par cela seul que l'acquéreur n'aura pas soumis son contrat à la formalité de la transcription. Mais si la loi elle-même ouvre au vendeur cette voie *indirecte* par laquelle il arrivera à reprendre la chose qu'il aurait vendue ou le prix pour lequel il l'avait vendue, il est bien permis de conclure *à priori* qu'il n'a pu être dans la pensée de cette même loi d'interdire au vendeur, même dans le cas de faillite de l'acquéreur... de faire par lui-même la transcription qui, en lui assurant ou lui faisant acquérir son privilège, lui permettra d'arriver directement au même résultat. »

78. — Que répondent les partisans de l'opinion adverse ? Que dans les termes de l'article 2108 du Code Napoléon, la *transcription vaut inscription* pour le vendeur créancier de son prix et que la disposition de l'article 448 du Code de commerce est également irritante de toutes les inscriptions de privilèges intervenues après le jugement déclaratif de la faillite.

Cela serait exact si la transcription avait les effets et *n'avait que les effets* de l'inscription, c'est-à-dire, si elle était uniquement destinée à conserver le privilège du vendeur ; — cela pouvait même être soutenu

pendant la période d'incertitude qui s'étend de la promulgation du Code civil à la loi du 23 mars 1855. Mais, depuis cette dernière loi, la situation a bien changé. La transcription, qui présentait un caractère pour ainsi dire unilatéral, destinée qu'elle était à la conservation du privilège du vendeur, substituée on ne sait pourquoi à l'inscription qui était à coup sûr tout aussi indiquée, affranchie, sans que ce soit plus explicable, de toute condition de délai, est devenue un acte bilatéral par ses effets, opérant tout à la fois la consolidation de la propriété au profit de l'acheteur et la consécration du privilège au profit du vendeur. La transcription pour ainsi dire opère aujourd'hui le partage des droits que le vendeur transfère à son acquéreur et de ceux qu'il retient.

Il n'est pas difficile de pressentir tout l'avantage que va tirer M. Paul Pont de cette transformation au profit de sa thèse.

79. — Accusé par M. Rivière de se « cramponner à un mot » (le mot de transcription qui n'est pas prononcé par l'article 448 du Code de commerce), M. Pont riposte vivement : « N'en déplaise à notre contradicteur, nous croyons à la valeur des mots... Après tout c'est par les mots que l'idée se produit et, quand nous voyons le législateur modifier son langage sur un point spécial, abandonner l'expression consacrée en formulant la pensée même que cette expression traduit habituellement, nous supposons volontiers que le changement est calculé de sa part, et conséquemment que la différence n'est pas seule-

ment dans les mots, qu'elle est aussi dans les choses. »

80. — Il convient ici, pour être impartial, de remarquer que M. Pont fait aux rédacteurs du Code, plus d'honneur qu'ils n'en méritent, car tout le monde sait bien qu'en maintenant dans l'article 2108 et dans quelques autres le nom de la transcription, qu'ils ne devaient pas maintenir, les rédacteurs du Code n'ont su ni ce qu'ils faisaient ni ce qu'ils voulaient faire. Seulement la loi de 1855, en ressuscitant la transcription, a donné à l'article 2108 le sens qui lui était attribué par les partisans du régime de la loi de Brumaire an VII et consacré le système en vue duquel il avait été rédigé.

« Est-ce par un caprice du législateur, demande M. Pont, que l'on voit ici la *transcription du titre* prendre la place de l'*inscription* qui est le moyen ordinaire par lequel les droits privilégiés et hypothécaires doivent se manifester ? Nullement : cela tient à la pensée même de la loi qui, en organisant la publicité du privilège, veut une publicité concomitante avec la naissance de la créance privilégiée. »

Ici M. Pont nous apparaît comme un fidèle interprète de la pensée, sinon de tous les rédacteurs du Code, du moins de ceux qui y ont introduit le texte de l'article 2108.

« Il y a plus : dans l'ordre d'idées auquel l'article 2108 se rattache, le législateur ne pouvait s'arrêter à un autre moyen sans aller directement contre la pensée de son système. Le moyen de l'inscription aurait

pu être indiqué sans doute, s'il s'agissait dans cet article du *droit de suite* résultant du privilège... Mais il ne s'agit pas de cela dans l'article 2108. Le législateur s'y occupe exclusivement du *droit de préférence* sur un immeuble que le vendeur trouve toujours aux mains de celui auquel il l'a vendu.

Et, dans cette position, comment aurait-il pu être dit que le vendeur, devrait ou même pourrait pourvoir par une inscription à la conservation de son privilège ?

Le système de la loi (ici il faut entendre évidemment l'affirmation de l'auteur du système de la loi vivifiée et éclairée par la loi du 23 mars 1855):

« Le système de la loi étant que la vente n'est parfaite sinon entre les parties, au moins au regard des tiers, qu'autant qu'elle est transcrite, il en résulte qu'après la transcription du contrat de vente, une inscription pour le vendeur serait sans objet, puisque le privilège a été rendu public et se trouve désormais conservé par la transcription même et, qu'avant la transcription l'inscription serait inutile et impossible, puisque d'une part le privilège n'est pas né et n'a pas sa raison d'être, et que, d'une autre part, *le vendeur resté propriétaire au regard des tiers ne peut pas prendre une inscription sur lui-même.* »

M. Pont ajoute encore cette considération de fait que « la mesure de l'iniquité serait comblée si la faillite venait à se produire le lendemain de la vente quand il n'a pas eu le temps matériellement nécessaire pour opérer la transcription, la déchéance du vendeur était

prononcée. Or, si extrême qu'elle soit, cette conséquence est dans les nécessités mêmes du système que nous combattons (1) ».

Sans prendre parti encore dans la controverse, nous nous permettrons de souligner les considérations d'équité qui terminent le très remarquable article de M. Paul Pont, par une observation qui n'y est pas formulée.

81. — Depuis la loi du 23 mars 1855, ce n'est point en général le vendeur qui opère la transcription pour conserver son privilège. C'est l'acheteur qui procède à cette mesure dans le but de consolider sa propriété. Qui donc, en cas de faillite de l'acheteur, va faire transcrire l'acte de vente ? Le syndic ; n'est-ce pas une chose exorbitante que le syndic puisse, du même coup, consolider l'acquisition de l'immeuble au profit de la masse, et rejeter au nombre des créanciers chirographaires celui qui a mis l'immeuble dans l'actif du failli ? Cette dissociation des effets de la transcription qui devrait opérer d'une façon indivisible au profit des deux intéressés n'a-t-elle pas quelque chose qui révolte la conscience et qui n'est peut-être pas impérieusement commandé par la loi (2) ?

*
* *

82. — Le système de M. Paul Pont a été accepté par un certain nombre d'auteurs. Après avoir cité

1. Paul PONT. *Revue critique*, 1860, *Examen doctrinal*, p. 239-312.

2. Conf. Arrêt de Bordeaux cité *infra*, n° 90 [S. 1857.2.641].

les jurisconsultes qui se sont prononcés pour l'application à la transcription de l'acte de vente, de l'article 448-1^o du Code de commerce, M. Ruben de Couder ajoute :

« Nous n'admettons point ce système. L'article 448 édicte une déchéance exceptionnelle ; il n'est pas permis de l'étendre par analogie. Or l'article 448 de même que l'article 2146 du Code civil n'arrête que le cours des *inscriptions* et non celui des *transcriptions*. Quel est d'ailleurs le but poursuivi par l'article 448 ? C'est d'empêcher qu'à partir du jugement déclaratif, un créancier puisse prendre une position privilégiée vis-à-vis des autres. Le législateur a voulu maintenir tous les créanciers dans la situation respective où ils se trouvaient au moment du jugement déclaratif ; il n'a pas voulu autre chose. Or il ne s'agit point dans notre question d'un créancier qui veut prendre une position favorable à l'égard des autres, il s'agit d'un acheteur qui veut à l'égard de tous, consolider un droit valablement acquis à une époque où il pouvait l'acquérir. L'article 448 n'est donc pas applicable (1). »

∴

83. — La théorie de M. Paul Pont, bien qu'appuyée sur des arguments dont on ne peut nier le valeur,

1. RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, v^o *faillite*, n^o 458, V. aussi GAUTHIER. Observations au *Journal du Palais*, 57, p. 1217 ; 58, p. 887 ; 59, p. 969 ; 60, p. 970 ; 61, p. 176.

n'a pas fait de partisans dans la doctrine. La presque totalité des auteurs s'est prononcée contre elle.

Il serait excessif d'emprunter des extraits aux divers jurisconsultes qui ont soutenu que le jugement déclaratif de faillite opposait un obstacle infranchissable à la conservation du privilège du vendeur d'immeubles par une transcription postérieure. Nous croyons plus pratique de relever les arguments qui ont été invoqués à l'appui de cette thèse, en signalant, chemin faisant, les auteurs qui ont plus ou moins insisté sur tel ou tel de ces arguments.

84. — Une observation qui s'impose au début de cet examen, c'est que la théorie juridique qui frappe d'inefficacité, en cas de faillite, les droits de préférence obtenus par certains créanciers est fort ancienne ; nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'elle remontait à l'ordonnance du commerce de 1673. Admise en principe par le Code de 1807, elle a reçu de l'article 448 du Code de commerce sa forme actuelle (1).

85. — La disposition de l'article 448 a été insérée dans le Code de commerce lors de sa révision en 1838, c'est-à-dire à une époque où une vive controverse existait dans la doctrine et la jurisprudence sur le point de savoir si l'article 2146 du Code civil était applicable au privilège du vendeur. La Cour de cassation s'était déjà prononcée pour la déchéance du privilège par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 juillet 1818 et par un arrêt de la Chambre civile

1. LABORI, *Répertoire*, article anonyme, V. *Inscription hypothécaire*, n° 56.

du 12 juillet 1824. C'était la doctrine qu'enseignaient les auteurs antérieurs à 1838 (1). Le problème était donc à cette époque posé et connu. Il est inadmissible qu'en présence des controverses notoires qui s'étaient élevées en la matière, les rédacteurs de la loi de 1838 aient donné aux termes de l'article 448-1^o une généralité si complète, s'ils n'avaient pas entendu y comprendre le privilège du vendeur d'immeubles (2).

C'est l'impression qu'ont éprouvée et avouée des écrivains qui avaient commencé par enseigner l'inapplicabilité de l'article 2146 du Code civil aux privilèges immobiliers.

« La jurisprudence des Cours Royales et de la Cour de cassation, disaient MM. Aubry et Rau, dans leur seconde édition, s'étant prononcée en sens contraire *quant au privilège du vendeur*, c'est cette jurisprudence que l'article 448 du Code de commerce nous paraît avoir eu pour but de consacrer (3). »

86. — MM. Aubry et Rau admettent donc que le vendeur d'immeubles est, par l'effet du jugement déclaratif de faillite, forcé du droit de conserver son privilège au moyen de la transcription de son titre. Il est à remarquer que, dans leur première édition, MM. Aubry et Rau avaient enseigné la doctrine contraire. « Les considérations, disent-ils, qui nous avaient surtout déterminés, étaient les suivantes : Si le privi-

1. P. ex. PARDESSUS, *Cours de Droit Commercial*, n^o 1136.

2. RIVIÈRE, *Revue Critique*, 1859, p. 440.

3. AUBRY ET RAU, 2^e édition, t. II, p. 272, note 14.

lège du vendeur, qui prime, à quelque époque qu'il ait été rendu public, les hypothèques même antérieurement inscrites, n'était plus susceptible d'être conservé utilement en cas de faillite de l'acquéreur, il pourrait se faire que la déchéance encourue par l'acquéreur profitât non à la masse, mais aux créanciers hypothécaires dont les hypothèques auraient été inscrites en temps utile. Or ce résultat nous avait semblé difficile à admettre. Que la faillite doive avoir pour effet d'écartier, au profit de la masse, les droits de préférence non encore rendus publics au moment où elle éclate ; mais on ne comprendrait pas qu'elle pût avoir pour conséquence d'améliorer la situation des créanciers hypothécaires au détriment de celui du vendeur (1)... »

87. — Les considérations dont s'étaient inspirés d'abord MM. Aubry et Rau ont conservé toute leur valeur. Mais comme le reconnaissent nos auteurs, elles cèdent devant la brutalité du texte de l'article 448, fournissant seulement un argument de plus aux jurisconsultes qui réclament la réforme de cet article.

Seulement MM. Aubry et Rau, qui ont eu évidemment beaucoup de peine à se résigner, avaient adopté temporairement une solution qu'ils ont fini par abandonner. « Tout ce que l'on pourrait concéder, ajoutaient-ils, c'est que, dans le cas où la faillite éclate immédiatement après la vente, le vendeur jouit, comme au cas de revente suivie de transcription, d'un délai de quarante-cinq jours pour la conservation de son

1. AUBRY ET RAU, 4^e édition, t. III, p. 353, note 8.

privilège et nous serions disposés à admettre ce tempérament qui rentre dans l'esprit de la disposition du second alinéa de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 (1). »

88. — Rien, il faut bien le dire, ne justifiait ce tempérament présenté d'ailleurs sous une forme assez dubitative. Cette opinion devait être et a été repoussée par ce motif que le délai de quarante-cinq jours n'est accordé que contre le sous-acquéreur pour protéger le vendeur contre une revente précipitée.

Il n'y a véritablement pas de place pour une solution intermédiaire, au moins en ce qui concerne la conservation du privilège : ou il faut adopter la théorie de MM. Paul Pont et Ruben de Couder, ou il faut considérer comme éteint le privilège dont la publicité n'a pas précédé le jugement de déclaration de faillite.

89. — C'est cette dernière doctrine qui est professée par MM. Lyon-Caen et Renault (2) dans leur *Précis de Droit commercial*.

« On a soutenu que le vendeur pouvait invoquer son privilège en faisant transcrire. Ce privilège se conserve, a-t-on dit, par la *transcription* et non par les *inscriptions*. Cet argument n'a aucune valeur ; en effet, d'après l'article 2108 lui-même, la transcription du contrat vaut inscription : elle ne saurait être efficace alors que l'inscription ne le serait pas.

1. AUBRY ET RAU, *loc. cit.*

2. LYON-CAEN ET RENAUT, *op. cit.*, t. II, n° 2716 ; GUILLOUARD, t. III, n° 1281 ; BAUDRY-LACANTINIERRE ET DE LOYNES, t. II, n° 1600.

« On a essayé d'un autre raisonnement : la transcription n'ayant pas été opérée, le vendeur est resté propriétaire : la transcription qui est faite même après la faillite, doit en même temps transférer la propriété au failli et procurer un privilège au vendeur : il serait inique de scinder ces deux effets. Ce raisonnement est fondé sur une erreur grave qui touche à l'essence même de la théorie de la transcription. Il est inexact de dire que le vendeur reste propriétaire jusqu'à la transcription. Dans ses rapports avec l'acheteur, il a cessé d'être le jour même de la vente (art. 1582) ; dès ce jour, il a une créance munie d'un privilège qu'il doit publier, et pour la publication duquel il est naturellement soumis à la règle générale des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce. Ce sont seulement certains *tiers* qui ont le droit de se prévaloir du défaut de transcription pour faire considérer le vendeur comme n'ayant pas cessé d'être propriétaire. »

* *

90. — *Jurisprudence.* — Pendant les premières années qui suivirent la loi du 23 mars 1855, la jurisprudence se montra assez incertaine. A l'époque où fut publié dans la *Revue Critique* l'article de M. Paul Pont que nous avons longuement étudié, les cours de Bordeaux et de Montpellier s'étaient prononcées pour l'inapplicabilité de l'article 448-1° au privilège de vendeur ; — la Cour de Nancy explicitement, la Cour

de Besançon et le tribunal de Grenoble implicitement avaient statué en sens contraire.

Nous trouvons dans l'arrêt de Bordeaux une doctrine complète — bonne ou mauvaise — qui s'impose à notre examen :

« Attendu, dit l'arrêt, que, d'après les principes du Code Napoléon, la vente est parfaite et la propriété est transmise à l'acheteur par le seul consentement des parties : que le dessaisissement du vendeur est absolu, et que tous les actes qu'il consentirait postérieurement ne peuvent en aucune manière affecter la propriété ;

« Que d'après la loi du 23 mars 1855, la vente produit toujours le même effet entre les parties contractantes mais qu'à l'égard des tiers, le vendeur n'est dessaisi et la propriété n'est transmise à l'acheteur que par la transcription du contrat, que c'est là le principe fondamental de la loi ;

« Attendu que les effets de la transcription peuvent être envisagés par rapport à ceux qui tiennent leurs droits du vendeur, et par rapport à ceux qui les tiennent de l'acheteur ;

« Qu'à l'égard des premiers (ceux qui tiennent leurs droits du vendeur) l'article 3 de la loi déclare que la vente non transcrite ne peut leur être opposée s'ils ont eux-mêmes rendu leurs droits publics conformément à la loi... qu'en un mot le dessaisissement du vendeur à l'égard de ceux avec lesquels il traite postérieurement à la vente, n'a lieu que du moment de la transcription : qu'ils sont des *tiers* ayant des droits

qui leur sont propres et à qui on ne peut opposer les exceptions qui pourraient être opposées à leur auteur ;

« Que quant à ceux qui tiennent leurs droits de l'acheteur, ils ne peuvent avoir plus de droits que lui ; qu'on peut leur opposer toutes les exceptions dont il serait lui-même passible ; qu'ils sont sous l'empire de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ;

« Qu'il impliquerait que le vendeur ne fut pas, à l'égard des tiers, dessaisi avant la transcription ; qu'il put valablement disposer à leur égard de la propriété, et que l'acquéreur eut le même droit ; que, tant que le vendeur n'est pas dessaisi à l'égard des tiers, l'acquéreur ne peut être saisi ; que cela est clairement énoncé dans le rapport fait au Corps législatif par M. Suin conseiller d'Etat dans lequel on lit : « Quant
« à ceux qui tiennent leurs droits de l'acquéreur, le *des-*
« *saisissement du vendeur ne s'opère que sous la condi-*
« *tion de la conservation de son droit*, qui reste protégé
« par l'article 2108 du Code Napoléon. *La transcrip-*
« *t'on ne le dessaisit qu'en lui réservant son privilège*,
« et les hypothèques même légales ou judiciaires, qui
« grèvent l'acquéreur ne s'emparent de l'immeuble,
« que sous la condition qui l'a fait entrer dans son
« domaine, le respect du privilège du vendeur. »

« Qu'ainsi, le vendeur n'étant pas dessaisi avant la transcription vis-à-vis de ceux qui tiennent leurs droits de l'acquéreur, ils ne peuvent pas se dire des tiers : ils ne peuvent avoir que les droits de l'acqué-

reur et sont soumis à toutes les suites des actions dont il est passible...

« Attendu que la faillite met obstacle à l'inscription, mais elle ne purge pas le privilège.

« Que, si le syndic de la faillite voulait aujourd'hui consolider la propriété, il serait tenu de faire transcrire la vente, *que le privilège serait inscrit d'office et aurait tout son effet : que l'on ne peut pas dire qu'il soit éteint dans le sens de l'article 7 de la loi (1)...* »

91. — L'arrêt de Montpellier invoqué par M. Paul Pont dans la dissertation dont nous avons donné la substance, est relatif non à la faillite mais au décès du débiteur suivi d'une acceptation bénéficiaire de la succession. Cependant on peut tirer un argument général d'un de ses considérants ainsi conçu :

« Que si la loi du 23 mars 1855 a eu pour but de dégager la propriété foncière de tout privilège occulte, il n'est pas à présumer qu'elle ait voulu en établir un au profit des créanciers d'une succession bénéficiaire, à qui on ne peut attribuer un droit réel quelconque sans créer un privilège dispensé d'inscription, puisque aucune inscription n'est possible sur les biens d'une succession bénéficiairement acceptée.

« Que les créanciers d'une succession bénéficiaire ne sont donc pas des tiers qui ont acquis et conservé des droits sur l'immeuble et qui ne peuvent revendiquer l'application de l'article 7 de la loi précitée(2)... »

1. Bordeaux, 15 juillet 1857 [S. 57.2.641].

2. Montpellier, 6 avril 1859 [S. 59.2.593].

92. — Ce que l'arrêt dit des créanciers d'une succession bénéficiairement acceptée, pourrait être dit également des créanciers d'une faillite. Cependant l'argument ne porterait pas avec la même force ; à raison de l'hypothèque conférée par l'article 490 du Code de commerce à la masse, et qui doit être inscrite par le syndic.

Seulement ce ne serait pas la déclaration de faillite qui frapperait d'inefficacité la transcription effectuée par le vendeur, ce serait l'inscription prise par le syndic en vertu de l'article 490 du Code de commerce et la valeur de la transcription opérée ne deviendrait discutable que si elle était postérieure à cette inscription.

93. — M. Ruben de Couder invoque comme favorable à la thèse défendue par M. Paul Pont et par lui-même, les motifs d'un arrêt de Cassation du 5 août 1869 d'après lequel les créanciers d'une faillite n'acquièrent, par l'inscription prise au nom de la masse en vertu de l'article 490 du Code de commerce, aucun droit de propriété ; ils ne sont dès lors fondés ni comme représentants du failli, ni de leur chef, à exercer une action en revendication contre l'acquéreur, d'un immeuble vendu par le failli à une époque où il était encore *in bonis*, sous prétexte que l'acte de vente n'aurait été transcrit que postérieurement à l'inscription prise au profit de la masse (1).

Mais, dira-t-on, il s'agit ici de la vente *par* un failli et non de la vente *à* un failli ? Sans doute : mais le

1. Cass. req., 5 août 1869 [S. 69,1.393].

conflit de la masse avec le vendeur (propriétaire antérieur) comme avec l'acquéreur (propriétaire postérieur) est le conflit d'un droit personnel avec un droit réel dans lequel l'arrêt donne l'avantage au droit réel.

94. — Quant à la question de savoir si la transcription antérieure à l'inscription de l'article 490 du Code de commerce est opposable à cette masse alors même qu'elle n'aurait été requise que postérieurement au jugement déclaratif de faillite, elle semble résolue dans le sens de l'affirmative par ce passage des motifs de l'arrêt :

« Attendu qu'en cas de faillite, les syndics ne sauraient demander ni aux articles 443 et 490 du Code de commerce, ni aux articles 1 et 3 de la loi du 23 mars 1855, la transformation du droit d'hypothèque appartenant à la masse en un droit de propriété... »

La faillite n'empêche pas une *transcription* postérieure au jugement. Tel est le point que semble retenir M. Ruben de Couder, sans distinguer s'il s'agit de la transcription effectuée par un vendeur ou d'une transcription opérée par un acheteur.

L'assimilation de ces deux hypothèses est peut-être un peu forcée.

95. — En somme le bagage jurisprudentiel des auteurs qui défendent la validité de la transcription opérée après un jugement déclaratif de faillite est assez mince.

Dès 1859, la Cour de Nancy posait en principe :
1° que le vendeur dont le contrat n'a pas été transcrit avant la faillite de l'acquéreur, ne peut plus, après

cette faillite, requérir la transcription à l'effet de conserver son privilège ; il en est irrémédiablement déchu à l'égard des créanciers du failli ; 2° que les dispositions qui annulent toutes inscriptions prises après la faillite du débiteur (Code civil, article 2146 ; Code de commerce, article 448) sont également applicables à la transcription des ventes antérieurement consenties au failli (1).

L'arrêt de Besançon et le jugement de Grenoble, qui sont discutés dans la dissertation de M. Paul Pont n'ont pas la même portée, parce qu'ils ne statuent pas directement sur la question et se contentent de la viser incidemment en établissant que l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 n'est pas applicable au droit de poursuivre la revente sur folle enchère, en sorte que le vendeur aux enchères *qui aurait perdu son privilège faute de transcription avant l'inscription prise dans l'intérêt des créanciers de l'acquéreur tombé en faillite*, pourrait néanmoins à défaut de paiement du prix d'adjudication, poursuivre la revente sur folle enchère.

96. — Plusieurs arrêts que nous rencontrerons plus loin statuent que l'action résolutoire de l'article 1654 ne survit pas à la faillite si le privilège n'a pas été conservé par la transcription en temps utile, et, par conséquent, décident implicitement que le privilège ne peut pas être conservé par une transcription postérieure à la faillite. C'est sur ce terrain que

1. Nancy, 6 août 1859 (Willemart) [S., 59.2.594].

se place notamment l'arrêt de Cassation du 24 mars 1891 (1).

97. — Certains arrêts visent le renouvellement de l'inscription d'office, et décident que si, depuis l'expiration des dix ans et avant tout renouvellement l'acquéreur vient à tomber en faillite, le privilège serait éteint (2).

98. — Mais si le créancier après avoir laissé passer dix ans sans renouveler l'inscription d'office de son privilège prenait une nouvelle inscription avant la faillite de son débiteur, il nous paraît que cette inscription conserverait le privilège et donnerait au vendeur un droit de préférence même sur les créanciers hypothécaires inscrits avant la nouvelle inscription du privilège (3).

99. — En somme, la jurisprudence semble fixée dans le sens de l'application de l'article 448-1^o à la transcription du privilège du vendeur, mais elle est loin d'être aussi touffue qu'on veut bien le dire (4).

∴

100. — Les auteurs, qui défendent en grand nombre ce système, s'inclinent devant ce qu'ils considè-

1. Cass., 24 mars 1891 [S., 91.2.209].

2. Alger, 17 mai 1865 [S., 65.2.187].

3. Besançon, 14 décembre 1861 [S., 62.2.129]; Poitiers 18 juillet 1864 [S., 64.2.184]; Cass., 14 février 1865 [S., 65.1.190].

4. Nancy, 6 août 1859 [précité]; Besançon, 16 décembre 1857 [S., 59.2.600]; Tribunal de Grenoble, 20 juillet 1858 [S., 59.2.601]; Nancy, 6 août 1859 [précité]; Cass., 2 décembre 1863 [précité]; Alger, 17 mai 1865 [précité]; Cass., 24 mars 1891 [précité].

rent comme une disposition impérative de l'article 448, mais ils ne s'abstiennent point de critiquer cette disposition.

« Tel est, dit Troplong, le sens et l'esprit de notre article; il est empreint d'une grande exagération et sa généralité conduit à des résultats que la raison repousse très souvent et qui, j'en suis sûr, sont contraires à sa pensée primitive (1). »

M. Thaller écrit de son côté: « L'opinion précédente quoique conforme à la loi est empreinte de trop de dureté. Elle ne donne pas non plus satisfaction à la logique. Le privilège naît de la convention même qui a fait acquérir l'immeuble au débiteur maintenant failli. Lorsque la masse entend se payer sur cet immeuble, c'est en vertu *du titre d'acquisition du débiteur*. Or ce titre est indivisible, il présente l'immeuble comme grevé d'une charge. La masse méconnaît cette charge et dénature les conditions d'acquisition en mettant la main sur le bien tout en désavouant la dette du failli connexe à son entrée dans l'actif. Il serait plus rationnel qu'elle réponde du prix et des soultes comme d'un engagement directement pris par elle (2). »

Cette même impression de regret se révèle, dans l'article anonyme du Répertoire de M. Labori (V. *Inscription hypothécaire*) (3).

1. TROPLONG. *Privilèges et hypothèques*, n° 650.

2. THALLER, *op. cit.*, n° 2060.

3. LABORI. *Répertoire encyclopédique de Droit français*. V. *Inscription hypothécaire*, n° 61.

101. — Une réforme législative est désirable, et nous ne pensons pas qu'il existe un autre moyen de remédier au mal. Supposons en effet que, par suite de la disposition impérative de l'article 448, la transcription soit reconnue impossible non seulement pour le vendeur mais encore pour le syndic : le vendeur n'échapperait pas pour cela au danger. Par suite du déplacement immédiat de la propriété qui se transmet par le seul effet du consentement (articles 711 et 1138) sitôt que la vente est faite, l'immeuble vendu cesse d'être le gage des créanciers du vendeur, pour devenir celui des créanciers de l'acquéreur. Le syndic est donc fondé, dès son entrée en fonctions à inscrire sur cet immeuble l'hypothèque de la masse, qui fait des créanciers du failli des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et les ayant conservés conformément aux lois, ce qui leur donne le droit d'invoquer ou de faire invoquer par leur représentant, le syndic, le défaut de transcription.

102. — Il y a plus de cinquante ans que les juriconsultes et les tribunaux, également hostiles à l'application, en cette matière, de l'article 448, sont obligés de la subir ; ce qui permet de croire qu'en dehors d'une correction de notre article, il est impossible d'espérer une solution satisfaisante.

§ 2. — L'ACTION EN RÉOLUTION POUR DÉFAUT
DE PAIEMENT DU PRIX.

103. — *Si le privilège du vendeur d'immeubles est éteint faute de transcription du titre antérieur au jugement déclaratif de faillite, l'action résolutoire (article 1654 du Code civil) est-elle également éteinte ?*

La controverse dont nous venons de retracer les phases et que l'on pourrait peut-être considérer comme close, a, dit M. Thaller, repris aliment en ce qui touche l'action en résolution du vendeur (1).

104. — La discussion doit être envisagée à deux époques distinctes : avant la loi du 23 mars 1855 — et après la promulgation de cette loi.

105. — Avant la loi de 1855, on ne pouvait soutenir que l'action résolutoire du vendeur était perdue à défaut d'inscription du privilège avant le jugement déclaratif de la faillite. Aucun lien en effet n'existait entre ces deux garanties (2).

« Le privilège et l'action en résolution, enseignait Merlin, sont deux droits distincts et indépendants l'un de l'autre. Le privilège est accordé par l'article 2103. du Code civil et l'article 2108 ajoute qu'il ne peut avoir lieu qu'à l'aide d'une inscription hypothécaire (3). L'action en résolution est accordée par

1. THALLER, *op. cit.*, n° 2061.

2. LYON-CAEN. Note sous Cass, 24 mars 1891 [S., 91, 1, 209].

3. Il serait plus exact de dire par une transcription.

les articles 1654 et 1656 et ni l'article 1654, ni l'article 1656 ne limitent l'exercice de l'action en résolution au cas où une inscription hypothécaire a conservé le privilège.

« L'action en résolution et le privilège ont-ils le même but ? Non.

« Par le privilège, le vendeur obtient le paiement de son prix ; et ce paiement, il le préfère toujours à la propriété, puisque c'est l'espérance de se faire payer son prix qui a déterminé son consentement à cesser d'être propriétaire. Il lui importe donc de conserver son privilège, puisque c'est le seul moyen qu'il a de se faire payer.

« Par l'action en résolution, le vendeur qui n'a pu se faire payer, rentre dans son bien comme s'il ne l'eût pas vendu. Mais il importe peu pour cela qu'il ait ou qu'il n'ait pas conservé son privilège (1). »

Les auteurs qui ont écrit avant la loi de 1825, étaient presque unanimes dans ce sens (2).

C'était aussi le système consacré par la jurisprudence et la théorie admise par les tribunaux peut se résumer en ces termes : « Le vendeur non payé ayant deux droits distincts et indépendants, l'un de se présenter comme créancier privilégié sur le prix de l'immeuble, l'autre de demander la résolution du contrat de vente. A défaut de paiement, ce dernier droit n'en continue pas moins de subsister bien que le vendeur

1. MERLIN. *Répertoire*, Additions, t. XV, v^o *Résolution*, n^o 4.

2. *Sic.* DURANTON, t. XVI, n^o 362, TOULLIER (cont. DUVERGIER) t. XVI, n^o 441.

soit déchu du premier, faute d'avoir inscrit son privilège (1) ».

Le principe était considéré comme général et constant en jurisprudence (2).

106. — En 1850, lorsque vint devant l'Assemblée législative, la discussion du projet de loi sur la réforme hypothécaire déposé en 1849 par le garde des sceaux (M. Rouher, quelques membres de l'Assemblée demandèrent la suppression de l'action en résolution. M. Rouher proposa un amendement ayant pour objet de lier le sort de l'action résolutoire au sort du privilège du vendeur, de telle sorte que l'extinction de l'un eut pour conséquence l'extinction de l'autre. C'était le contrepied du système adopté par les auteurs et la jurisprudence, système essentiellement basé comme nous l'avons vu sur l'indépendance des deux garanties constituées au profit du vendeur par les articles 1654 et 2103 du Code civil.

M. Rouher, devenu en 1855 vice-président du Conseil d'Etat, fit passer dans le projet de texte légal son amendement de 1850 qui, voté par la Chambre après quelques objections des partisans de l'ancien système (3), devint l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, ainsi conçu :

« L'action résolutoire établie par l'article 1654 du

1. Paris, 12 février 1844 [S., 44.2.115].

2. Cass, 2 décembre 1811; 3 décembre 1817; 26 mars 1828 ; 24 août 1831 [S., 31.1.315] ; 30 juillet 1834 [S., 35.1.311] ; Paris, 12 février 1844 [S., 44.2.115].

3. M. Millet à la séance du 16 janvier 1855.

« Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinc-
« tion du privilège de vendeur, au préjudice des tiers
« qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef
« de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois
« pour les conserver. »

107. — Cette rédaction allait-elle mettre fin à toute controverse ? Elle l'eût fait si l'article s'était contenté de dire : « L'action en résolution ne peut être exercée après l'extinction du privilège de vendeur. » Mais la loi en ajoutant : « au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver » a laissé la porte ouverte aux discussions. Il s'agit en effet de savoir si la masse d'une faillite peut être considérée comme comprise au nombre de ceux « qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ».

Cela ne s'impose pas.

Le débat recommença aussi ardent que jamais, d'autant plus ardent que de nombreux auteurs qui depuis la loi de 1838 n'avaient abandonné qu'avec regret la défense du privilège transcrit après la déclaration de faillite, essayèrent de sauver au moins l'une des deux garanties dont le vendeur était imprudemment, peut-être injustement privé.

108. — Trois opinions furent défendues (1) :

« 1^o L'article 7 n'est pas applicable. L'action résolutoire survit au privilège et peut être exercée à tout

1. Nous empruntons textuellement à M. THALLER, *op. cit.*, la formule des trois systèmes.

moment de la faillite. Ce n'est qu'après l'extinction du privilège du vendeur que le législateur de 1855 empêche l'exercice de la résolution. Or le privilège non transcrit n'est pas « éteint » mais seulement inopposable à la masse. Au surplus l'article 7 ainsi que l'article 6 qui le précède ne statue qu'à l'égard au droit de suite. C'est une prescription étrangère du droit de préférence.

109. — « 2° L'article 7 peut être invoqué par la masse contre le vendeur : car rien ne prouve que son application soit limitée au droit de suite. Mais encore faut-il que cette perte de l'action résolutoire, corrélative à celle du privilège soit invoquée « par un tiers qui a acquis des droits sur l'immeuble et s'est conformé aux lois pour les conserver. » Or, en vertu du jugement déclaratif, la masse n'a pas cette qualité de tiers ayant des droits sur l'immeuble. Elle ne l'obtient qu'à la prise d'inscription de son hypothèque légale (art. 490). Alors seulement la masse est investie d'un droit réel et elle peut arguer de l'article 7.

« Bref, le vendeur quoique déchu de son privilège est encore recevable à agir en résolution, pourvu qu'il engage son procès avant l'inscription de ladite hypothèque.

110. — « 3° Une thèse plus catégorique voudrait que, dès que la faillite est ouverte, et sans même que le syndic eût fait inscrire l'hypothèque légale de la masse, celle-ci pût repousser la résolution parce que le privilège n'a pas été conservé conformément à l'article 448. »

111.— Nous n'avons pas besoin d'ajouter l'opinion des auteurs qui enseignent que le droit de conserver son privilège par la transcription de son titre n'échappe pas au vendeur par suite de la déclaration de faillite : pour ces auteurs qui suivent une *quatrième* opinion, et non la moins tranchée, le problème n'existe pas. Il ne peut y avoir pour eux, extinction de l'action en résolution, puisqu'il n'y a pas extinction du privilège (1).

*
* *

112. — PREMIER SYSTÈME : *L'action résolutoire survit au privilège et peut être exercée à n'importe quel moment de la faillite.* L'article 7 de la loi de 1855, a-t-on dit, se rattache étroitement à l'article 6-2° et ne vise, par suite, que l'hypothèse prévue par cette dernière disposition. L'article 6-2° alinéa indique dans quelles circonstances le vendeur d'immeubles a perdu, pour défaut de publicité, son privilège à l'égard des tiers acquéreurs de l'immeuble qui a fait l'objet d'une sous-aliénation. Ce serait, par suite, seulement un sous-acquéreur ou un de ses ayants cause qui, dans les circonstances prévues par l'article 6-2° pourrait, en s'appuyant sur l'article 7, opposer au vendeur que son

1. PAUL PONT, RUBEN DE COUDER, GAUTHIER. Voir toute la discussion *supra* nos 66 et s. — L'observation formulée au texte est faite par M. Lyon-Caen dans une note sous l'arrêt de Cass. du 24 mars 1891 [S. 91.1.209].

action résolutoire est éteinte en même temps que son privilège (1).

Aubry et Rau posent nettement en principe que « nonobstant l'inefficacité de son privilège à raison de l'absence de transcription ou d'inscription antérieure au jugement déclaratif de faillite, le vendeur n'en conserve pas moins son action résolutoire.

« Nous hésitons d'autant moins, disent MM. Aubry et Rau, à considérer comme décisif le motif que l'inefficacité relative dont est frappée l'inscription prise postérieurement au jugement déclaratif de faillite paralyse l'exercice au principe plutôt qu'elle n'en entraîne l'extinction définitive, que ce n'est point en vue du cas de faillite qu'a été fait l'article 7, mais bien dans l'intérêt des sous-acquéreurs et de leurs créanciers hypothécaires. D'ailleurs le vendeur qui exerce l'action résolutoire se présente bien moins comme créancier que comme propriétaire, n'ayant aliéné que sous la condition de rentrer dans la propriété de l'immeuble vendu faute de paiement du prix ; et à ce point de vue cette action qui découle du droit commun est plus favorable que le privilège (2) ».

Aubry et Rau ont bien soin de préciser que l'action résolutoire serait conservée dans le cas même où, avant toute publicité donnée au privilège du vendeur, le syndic aurait pris inscription sur les immeubles du

1. DEMANGEAT SUR BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de Droit commercial*, t. V, p. 297 note.

2. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, p. 358 texte et note 16.

failli en vertu de l'article 490 du Code de commerce(1).

113 — Telle est également la doctrine enseignée par M. Guillouard : « Le vendeur, dit M. Guillouard, dont le privilège n'a pas été inscrit avant la faillite de l'acheteur, pourra-t-il néanmoins exercer l'action résolutoire après la faillite ?

« Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement.

« Les créanciers de la faillite ne sont pas des tiers mais des ayants cause du failli... Ils trouvent dans le patrimoine du failli l'immeuble non encore payé qui va fournir une partie de leur gage, et ils ne pourront se défendre contre les poursuites du vendeur que de la même façon que l'acheteur en faillite aurait pu se défendre lui-même.

« En second lieu, dût-on leur reconnaître la qualité des tiers, ils ne pourraient encore s'opposer à l'exercice de l'action résolutoire, car ils n'ont pas sur l'immeuble vendu un droit réel spécial conservé conformément aux lois, et l'article 7 n'est fait que pour cette catégorie de personnes. Sans doute il existe au profit de la masse des créanciers et sur tous les immeubles du failli une hypothèque organisée par l'article 490 du Code de commerce; mais cette hypothèque n'a pas pour but de garantir un droit *réel spécial*, mais seulement le droit de gage général que l'article 2093 donne à tous les créanciers. C'est pour les créanciers

1. AUBRY et RAU. Il faut retenir ce point qui est caractéristique du premier système.

de la faillite quelque chose d'analogue à la séparation des patrimoines pour les créanciers d'une succession et ce droit général ne peut empêcher l'exercice de l'action résolutoire par le vendeur qui a perdu son privilège (1).

« Des motifs que nous venons de donner, il résulte que la solution devra être la même, que l'inscription prise par les syndics en vertu de l'article 490 du Code de commerce soit antérieure ou postérieure à l'inscription du privilège du vendeur, même si l'inscription est antérieure à l'inscription du privilège; comme nous avons dit qu'elle ne garantit pas un droit réel spécial au profit de la masse des créanciers, elle ne fera pas obstacle à l'action résolutoire (2).

114. — *Jurisprudence*. — Cette thèse fut d'abord accueillie avec une grande faveur par la jurisprudence. Elle a été jusqu'en 1891 consacrée par plusieurs arrêts (3) dont nous nous bornerons à retenir le plus important qui est un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mars 1860.

La Cour de cassation proclame que « le vendeur « dont le privilège n'a pas été inscrit avant la fail-
« lite de l'acquéreur, n'en conserve pas moins le

1. GUILLOUARD. *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, n° 596; conf. DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 120 bis, XII-XIV; MARCADÉ sur l'art. 1654; DURANTON, t. XVI, n° 362.

2. *Ibid.*, n° 597.

3. Bordeaux, 15 juillet 1857 [précité]; Grenoble, 13 mars 1858 [S. 59.2. 209]; Cass. 1^{er} mars 1860 [S. 60.1.602]; Dijon, 13 juin 1864 [S. 64.2.244] Lyon, 6 avril 1865 [S. 66.2.196].

« droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des
« créanciers de ce dernier ».

C'est très net.

Le motif principal que la Cour suprême donne de sa décision a été maintes fois dans la suite accusé de subtilité, ce motif c'est « que la faillite n'a pour effet
« que de rendre le privilège inopposable à la masse
« et non d'en opérer l'extinction dans le sens de
« l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. »

Ce privilège qui existe et qui n'existe pas devait soulever et a soulevé bien des critiques que nous trouverons plus loin.

Ce qui attache un intérêt particulier à cet arrêt de 1860, c'est la vigueur de l'argumentation du rapporteur, M. le conseiller Bayle-Mouillard, qui rend plus acceptable la subtilité de la théorie qu'il a fait adopter par la Cour de cassation.

Après s'être placé en face des termes de l'article 7, aux termes duquel l'action résolutoire ne peut être exercée contre les tiers qu'après l'extinction du privilège du vendeur, le conseiller rapporteur pose la question : La faillite de l'acheteur opère-t-elle cette double extinction du privilège et de l'action résolutoire ?

« S'il faut, déclare M. Bayle-Mouillard, la résoudre affirmativement, s'il résulte de la combinaison de cet article avec l'article 2146 du Code civil et l'article 448 du Code de commerce qu'après la faillite de l'acheteur, la vente ne peut plus être transcrite, que ce défaut de transcription entraîne l'extinction du privilège, et qu'avec son privilège, le vendeur aura perdu

son action résolutoire..., la loi nouvelle aura des conséquences dont il n'est pas permis de se dissimuler l'effrayante étendue. Les droits du vendeur le plus soigneux pourront être compromis. Il risquera sans cesse de perdre le prix et la chose... Vainement donc le vendeur aura traité avec un acheteur solvable ; si celui-ci est atteint par le sinistre commercial le moins mérité et le plus imprévu, s'il tombe en faillite..., s'il est ainsi frappé dans le plus bref délai, le lendemain de la signature de l'acte, alors que la transcription aura été matériellement impossible, le privilège sera perdu et le vendeur n'aura pas même la ressource de reprendre l'immeuble qui lui appartenait. Il aura été ruiné non par son imprudence, mais par le hasard. »

M. Bayle-Mouillard cite alors le remède « qu'un éminent juriconsulte a cru trouver à un si grand mal » et qui consiste, de la part du vendeur, à stipuler (ce à quoi l'on ne pense guère en général) que la vente ne sera parfaite et la propriété transférée qu'autant que la transcription aura été effectuée d'une manière utile, sinon qu'elle sera comme non avenue (1) ».

L'éminent juriconsulte auquel le rapporteur faisait allusion, dut se trouver dans une situation délicate, car il n'était autre que le premier président Troplong qui présidait ce jour-là la Chambre civile, et il s'était montré dans son livre sur la *Transcription*, l'adversaire résolu de la théorie professée par M. Bayle-Mouillard.

« Il est impossible, poursuivait le rapporteur, que

1. TROPLONG, *Transcription*, 295.

soit de la faillite, soit de l'acceptation bénéficiaire, il résulte une véritable extinction du privilège non inscrit. L'article 2146 du Code Napoléon dit expressément dans son deuxième paragraphe que le défaut d'inscription avant l'ouverture d'une succession bénéficiaire n'est opposable qu'entre les créanciers de la succession. On s'accorde à reconnaître qu'il en est de même au cas de faillite prévu par le paragraphe premier de l'article. Dans les deux cas, la nullité est relative. L'article 446 du Code de commerce dit, d'une manière non moins expresse, que la stipulation d'hypothèque dans les dix jours antérieurs à la faillite est nulle *relativement à la masse si la nullité de l'hypothèque est seulement relative, la nullité de l'inscription ne peut pas être absolue...*

« Le défaut de transcription, le défaut d'inscription du privilège avant la faillite n'entraîne donc pas l'application de l'article 7 de la loi de 1855. — Par la faillite, *le privilège est atteint sans doute, mais il n'est pas anéanti* : faute d'inscription en temps opportun, il ne produit pas d'effet entre les créanciers, mais il existe encore, car il produit ou peut produire d'autres effets et cette existence suffit pour conserver le privilège. »

Quels sont donc les autres effets que le privilège, *à moitié conservé* va produire ? c'est la persistance de l'action résolutoire...

« Le privilège ne peut être véritablement éteint que par la volonté ou la faute du vendeur. Le fait accidentel de la faillite... ne suffit pas (1). »

1. SIRBY, *loc. cit.*

La conclusion du rapport, conclusion qui fut admise par la Cour de cassation, c'est que l'action en résolution survit au privilège du vendeur à quelque moment postérieur à la déclaration de faillite qu'il ait été rendu public.

∴

115. — DEUXIÈME SYSTÈME. — *L'action résolutoire survit au privilège, à condition qu'elle ait été intentée avant l'inscription prise par le syndic en vertu de l'article 490 du Code de commerce.*

Ce système a été enseigné par plusieurs auteurs. Voici, en substance, comment il est notamment exposé par M. Rivière tant dans ses questions sur la transcription (1) que dans un article (déjà cité par nous) publié par la *Revue critique de législation et de jurisprudence* en 1859 :

« Lorsque la loi du 23 mars 1855 s'occupe de la publicité de l'action résolutoire et lorsqu'elle décide que l'extinction du privilège entraîne la perte de cette action, elle n'envisage le droit de résolution que dans les rapports du vendeur avec les *tiers* qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur.

« Or, dans le cas de faillite, les créanciers n'acquièrent aucun droit réel sur l'immeuble vendu : créanciers chirographaires avant la faillite, ils restent tels après cet événement (2).

1. RIVIÈRE et HUGUET. *Questions sur la transcription*, nos 370-376.

2. *Ibid.*, n° 374.

« Il y a cependant un moment où un droit de cette nature vient à se manifester : c'est lorsque les syndics prennent inscription sur les immeubles du failli au profit de la masse. »

Ce droit est une véritable hypothèque légale et n'a d'ailleurs jamais été désigné ni dans le texte, ni en doctrine, ni dans les décisions judiciaires, sous un autre nom.

Mais il ne suffit pas que ce droit existe, il faut qu'il soit conservé en conformité de la loi. C'est ce qui se produit lorsque l'inscription a été prise par le syndic. On se trouve en effet placé dans la situation précisée par les termes de l'article 7.

116. — Cette doctrine est très séduisante, très satisfaisante pour l'esprit en ce sens qu'elle assigne un but précis et rationnel à l'hypothèque de l'article 490.

On s'est demandé souvent quel était le but de cette hypothèque qui n'établit aucun droit de préférence entre les créanciers de la masse et à la question ainsi posée on fait cette réponse banale : « L'hypothèque de l'article 490 est utile en cas de concordat suivi d'une nouvelle faillite, les droits des créanciers de la première masse priment les droits des créanciers de la seconde masse par suite de l'antériorité de leur inscription. »

C'est faire à l'inscription de l'article 490 un rôle bien étroit. Elle s'explique mieux si on la considère comme la barrière opposée à la conservation des droits qui doivent être consacrés par la publicité et dont la publicité est tardive.

117. — Cette doctrine a été consacrée dès 1859 (c'est-à-dire à une époque où la jurisprudence manifestait des tendances plus radicales et refusait d'appliquer l'article 448-1^o du Code de commerce aussi bien au privilège du vendeur qu'à l'action en résolution)(1), par un arrêt de la Cour de Riom aux termes duquel :
« Les créanciers de la faillite ne peuvent échapper à
« l'action résolutoire du vendeur qu'autant que le
« syndic a pris, dans l'intérêt de la masse, l'inscrip-
« tion prescrite par l'article 490 du Code de com-
« merce avant que le vendeur ait rempli les forma-
« lités nécessaires pour conserver son privilège(2). »

118. — Une très grande importance en cette matière doit être attachée à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 août 1869 dont nous avons déjà parlé (3). La question résolue par l'arrêt n'était pas, à proprement parler, celle qui nous préoccupe en ce moment, car il s'agissait non d'une vente faite *au* failli mais d'une vente faite *par* le failli, alors qu'il était encore *in bonis*.

Mais la Cour de cassation traite *en thèse* la question de la nature du droit de la masse et des conditions imposées à son exercice.

Le droit de la masse est bien un droit hypothécaire : « En cas de faillite, dit notre arrêt, le jugement déclaratif de la faillite confère à la masse des

1. Bordeaux, 15 juillet 1857 [précité]; Montpellier, 6 avril 1859 [précité].

2. Riom, 1^{er} juin 1859 [S., 59.2.597].

3. *Vide, supra*, n^o 93.

« créanciers du failli un droit d'hypothèque sur l'actif
« immobilier du failli. »

119. — Mais ce droit hypothécaire, qui se trouve ainsi reconnu au profit de la masse chirographaire, produit-il effet pour cette masse, du jour du jugement déclaratif et comme conséquence de l'état de faillite ?

Non, dit la Cour de cassation ; le gage hypothécaire n'est conféré à la masse que par l'inscription de l'article 490. C'est en somme cette inscription qui transforme la situation des créanciers simples « ayants cause » du failli et en fait des tiers (1).

120.—La Cour de cassation, fait remarquer M. Boullanger (note au Sirey sous l'arrêt précité) ne se borne pas à reconnaître le droit des créanciers à exciper de l'article 7 de la loi de 1855, elle va plus loin, « au lieu de laisser dans le vague le côté le
« plus ardu de la question, elle précise, bien que
« cela ne fut pas utile pour le jugement du pourvoi,
« l'époque à laquelle la transcription (ici nous complétons M. Boullanger en disant : la transcription en général, aussi bien celle qui est faite par un vendeur que celle qui est faite par un acquéreur) devien-
« dra inopérante au regard de la masse... Ce n'est
« pas, dans l'esprit de l'arrêt, la date du jugement
« déclaratif de faillite qui influe sur les effets de la
« transcription opérée ultérieurement, mais celle de

1. BOULLANGER, note sous l'arrêt du 5 août 1869 [69.1.393] ; COIN-DELSLE. *Donations et testaments* sur l'article 911, n° 14 ; LESENNE. *Commentaire de la loi sur la transcription* t. II, n° 68 ; VERDIER. *Transcription*, t. II, n° 325 ; RIVIÈRE ET HUGUET, *op. cit.*, *loc. cit.*

« l'inscription prise comme conséquence de l'état de
« faillite. »

121. — La jurisprudence qui avait pendant bien longtemps admis sans restriction(1) la survivance de l'action résolutoire au privilège, subit un véritable revirement en 1891. Un arrêt de Cassation, auquel M. Lyon-Caen déclare « donner son approbation entière » (2) a décidé « que l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, *dont le sort est intimement lié à celui du privilège*, ne peut plus être exercée par le vendeur contre la masse, lorsque le syndic a pris inscription au profit de celle-ci, conformément à l'article 490 du Code de commerce. »

Cette jurisprudence a été affirmée depuis par plusieurs décisions de la Cour de cassation, dont la dernière nous paraît être un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 février 1898(3).

La jurisprudence n'a pas été plus loin.

122.— Nous nous permettons de faire observer que les considérations invoquées dans la note de M. Lyon-Caen sous l'arrêt de 1891, auquel il donne une approbation sans réserve, appelleraient peut-être une conclusion plus radicale. Affirmer la solidarité étroite du privilège et de l'action résolutoire, proclamer que ces garanties ne peuvent subsister l'une sans l'autre, et d'autre part admettre, comme le fait la jurisprudence, que l'une disparaît dès le jugement déclaratif de fail-

1. V. les arrêts cités, *supra*, n° 114.

2. Cass., 24 mars 1891 [S. 91.1.209.] et note de M. Lyon-Caen.

3. Cass., req., 7 février 1898 [S. 99.1.307].

lite, tandis que l'autre survit jusqu'à l'inscription de l'hypothèque de la masse, n'est-ce pas admettre deux solutions contradictoires ?

123. — TROISIÈME SYSTÈME. — *L'action résolutoire échappe au vendeur dès l'ouverture de la faillite, si le contrat de vente n'a pas été transcrit avant le jugement déclaratif.*

M. Troplong, qui enseignait avant la loi de 1855, que le privilège du vendeur était éteint lorsqu'il n'avait pas été rendu public avant le jugement déclaratif de faillite (articles 2146 Code civil et 448 Code de commerce) soutint après la promulgation de cette loi, que par l'effet du jugement déclaratif de faillite, le vendeur qui n'avait pas transcrit avant l'ouverture de la faillite, perdait non seulement son privilège, mais son action résolutoire, et cela même avant l'inscription de l'hypothèque de la masse (1).

La base de ce système ne peut être que l'affirmation de l'existence d'un *droit réel* au profit des créanciers de la faillite.

124. — Quel est donc ce droit réel existant de par le fait de la faillite, au profit des créanciers chirographaires ?

Les définitions de M. Troplong sont assez peu satisfaisantes, au moins si nous nous en rapportons à celles que nous trouvons dans son commentaire sur le titre des donations (2).

1. TROPLONG. *Transcription*, n° 295.

2. TROPLONG. *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*. — Commentaire du titre des donations et testaments, n° 1162.

« Par la faillite, le débiteur est dessaisi de ses biens ; ses créanciers les prenant dans l'état où ils sont, ils en sont investis à titre de dation en paiement et tout se trouve arrêté par leur mainmise. Le donataire (1) viendrait donc dans un moment où les choses ne seraient plus entières ; s'il faisait transcrire après la faillite, il ressemblerait à un donataire qui ferait transcrire quand le donateur a cessé d'être propriétaire de la chose par une vente. »

Le droit acquis par les créanciers du failli, par la masse, serait donc une espèce de droit de propriété, comme celui qui résulte au profit du créancier d'une dation en paiement ?

Troplong a bien senti lui-même ce qu'il y avait d'excessif dans cette formule et il a déclaré qu'il n'entendait pas lui donner une autre portée que celle d'une comparaison (2).

Le droit qu'il accorde aux créanciers, c'est, ainsi qu'il le dit d'ailleurs, un droit de saisine(3) qui suffirait à les faire considérer comme *des tiers*. Cette explication ne nous paraît pas beaucoup plus satisfaisante.

« Ce n'est pas, dit M. Troplong, dans la loi de 1855, mais dans le Code de commerce qu'il faut chercher la solution de la question ; la faillite a été organisée par une loi spéciale (la loi de 1838) : elle forme un

1. Dans l'espèce il s'agirait, non du donataire, mais du vendeur.

2. TROPLONG. *Transcription*, n° 148.

3. TROPLONG. *Transcription*, n° 295.

système complet qui ne doit pas être dérangé par une loi étrangère : une fois la faillite judiciairement déclarée, tous les droits sont fixés et arrêtés ; les hypothèques elles-mêmes ne peuvent plus être inscrites (article 448 du Code de commerce) tant il est vrai que le jugement déclaratif de faillite est un *moment décisif et suprême* d'où résulte une ligne de séparation infranchissable ». Et l'auteur remarque ensuite que la faculté laissée à l'acquéreur de transcrire son contrat postérieurement au jugement déclaratif, briserait sans motif raisonnable l'unité de la loi « et que les intérêts de la masse pourraient être compromis par la négligence des syndics à prendre inscription (1) ».

M. Troplong conclut qu'une fois la faillite ouverte, ni le privilège, ni même l'action en résolution ne sont conservés, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'inscription de l'article 490 a été ou non prise par les syndics.

125. — M. Troplong solidarisait un peu trop tôt le privilège du vendeur et l'action résolutoire. Mais la loi de 1855 prête un point d'appui très solide à sa théorie. Néanmoins la jurisprudence ne se rendait pas ; elle continuait à maintenir l'action résolutoire, même après la prise par les syndics de l'inscription de l'article 490 (2).

En 1879, dans une question de production dans un

1. Note précitée de M. Boullanger.

2. Cass., 1^{er} mai 1860 [précité] ; Dijon, 13 juillet 1864 [S., 64.2.244] ; Lyon, 6 avril 1865 [S., 66.2.196].

ordre, la Cour de cassation admit, pour la première fois, cette solidarité complète entre le privilège et l'action résolutoire qui semblait se dégager de l'article 7 de la loi de 1855.

« (Attendu) d'autre part, disait la Cour suprême, que
« l'action résolutoire ne peut être exercée après l'extinc-
« tion du privilège de vendeur, au préjudice des tiers
« qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui se
« sont conformés aux lois pour les conserver; qu'ainsi
« l'action résolutoire se trouve liée au privilège de
« vendeur de manière que la perte de celui-ci entraîne
« nécessairement la perte de celle-là (1) ».

Comme aucune question de faillite n'était en jeu, l'arrêt ne pouvait être considéré comme définitif.

126. — Il existait un pas à franchir et la jurisprudence ne l'a pas franchi : elle paraît jusqu'à présent s'en tenir au deuxième système.

Des représentants autorisés de la doctrine ont été plus loin et repris, avec des arguments plus solides, la thèse de Troplong. — Écoutons M. Thaller :

« Le jugement déclaratif de faillite n'investit pas, dit-on, la masse d'un *jus in re*. Ce droit, quel serait-il et comment le dénommerait-on ? Ce n'est pas que la doctrine et la jurisprudence nient la formation d'un droit réel au profit de la masse. Seulement ce droit réel ne naît pas immédiatement ; il naîtra d'une mesure de publicité postérieure. La loi institue, en effet, au profit de la masse une hypothèque légale sur les im-

1. Cass. req., 10 juin 1879 [S., 81. 1. 419].

meubles et invite le syndic à en prendre inscription... Sitôt cette formalité remplie, la masse disposera d'un attribut nouveau; elle ne sera plus un tiers ordinaire. Sa situation se renforcera, elle se prévaudra des prérogatives qui appartiennent aux personnes *investies d'un droit sur la chose* et que la loi refuse au contraire à un « tiers » pur et simple.

« Cette manière de présenter les choses nous semble inexacte. Quoi? une hypothèque légale naissant au profit de la masse, en cours de faillite par la vertu providentielle d'une inscription, tandis que le dessaisissement opère de plein droit au moment même du jugement déclaratif? Cela serait assez contradictoire.

« Il vaut mieux dire que le dessaisissement et l'hypothèque légale ne forment qu'une seule et même institution. *L'hypothèque légale*, c'est le dessaisissement du failli en tant qu'il s'applique aux immeubles (1). »

M. Thaller ne semble pas d'ailleurs se dissimuler que son langage est le même que celui de Troplong. Pour l'un, l'hypothèque légale consomme la *saisine* de la masse; pour l'autre, elle opère le dessaisissement du failli au profit de la masse. Les deux idées sont identiques et se traduisent presque par les mêmes expressions.

Non sans à propos, M. Thaller compare la déclaration de faillite à la *missio in possessionem* du prè-

1. THALLER, *op. cit.*, n° 1704.

teur, et l'inscription de l'hypothèque à la prise de possession effective par les créanciers du patrimoine du « decoctor. » C'est dès le moment de la *missio in possessionem* en droit romain, de la déclaration de faillite en droit français que le droit d'agir du débiteur se trouve paralysé. L'inscription de l'hypothèque constate cette paralysie, mais ne la constitue pas, car elle résulte de la faillite elle-même.

Le jugement déclaratif procure *immédiatement* à la masse un droit *réel*, une hypothèque née de la faillite elle-même et valable au regard des tiers, comme le dessaisissement dont elle n'est qu'un aspect, indépendamment de toute inscription (1).

126. — Une considération pourrait être invoquée en faveur de la thèse de M. Troplong et de M. Thaller : L'article 2146 rend inefficace une inscription d'hypothèque prise au lendemain de l'ouverture d'une succession qui, trois ou quatre mois plus tard est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Pourquoi l'inscription de l'article 490, par une rétroactivité analogue, ne rendrait-elle pas inopérante, une transcription opérée après le jugement déclaratif de faillite ?

∴

127. — Les auteurs en général en sont restés au second système et ne considèrent comme acquise l'ex-

1. THALLER, *op. cit.*, n° 2062.

inction de l'action résolutoire qu'au moment de l'inscription de l'hypothèque de la masse (1).

SECTION III

La Séparation des patrimoines (Article 2111 du Code civil).

128. — L'article 2111 accorde aux créanciers et légataires d'une succession un délai de six mois, à compter de l'ouverture de la succession pour inscrire ce qu'il appelle le « privilège » de la séparation des patrimoines.

On sait qu'une partie notable de la doctrine, s'appuyant sur l'article 880 du Code civil qui semble refuser le droit de suite aux créanciers ou aux légataires qui invoquent le bénéfice de la séparation des patrimoines et l'ont conservé conformément aux prescriptions du Code, enseigne que la séparation des patrimoines n'est pas un privilège proprement dit. Les adeptes de cette théorie (repoussée par la jurisprudence) trouvent dans leur opinion un argument topique pour écarter, en cette matière, l'application de l'article 448 du Code de commerce (2).

1. RIVIÈRE ET HUGUET. *Questions sur la transcription*, n° 374 ; RIVIÈRE. *Revue critique*, 1859, 15, p. 433 ; MOURLON. *De la transcription*, 2, 817 et s. ; DEMANGEAT SUR BRAVARD. *Traité de Droit commercial*, p. 291 et 292 à la note ; VERDIER. *De la transcription*, 2590 et s.

2. PAUL PONT. *Privilèges et hypothèques*, n° 899 ; DEMANGEAT SUR BRAVARD. t. V, p. 288 et 289, note.

129. — Mais les auteurs qui considèrent la séparation des patrimoines comme un privilège proprement dit, les tribunaux qui lui reconnaissent unanimement ce caractère, ne peuvent recourir à ce moyen d'éviter la difficulté.

Nous allons donc nous retrouver une fois de plus en face de cette question irritante : la déclaration de faillite de l'héritier empêche-t-elle les créanciers ou légataires de la succession, d'inscrire leur privilège, s'ils sont encore dans les six mois de l'ouverture de la succession ?

130. — D'après une opinion très autorisée, l'article 448 est absolu ; il ne fait aucune exception pour le privilège de séparation des patrimoines ; il en est de même de l'article 2146 qui, cependant, ne pouvait pas ne pas songer aux délais accordés par l'article 2111, et qui lui aussi ne fait aucune réserve. En conséquence, ce privilège ne pourra plus être inscrit après le jugement déclaratif de faillite, bien que le délai de six mois ne soit pas encore écoulé (1).

131. — Cette application de l'article 448 a soulevé de très vives et très nombreuses protestations dans la doctrine.

Les considérations, dit M. Ruben de Couder, sont ici les mêmes que celles qui sont présentées au sujet de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée ou du pupille pendant l'année après la cessation de l'incapacité. « Il n'y a, pas plus dans un cas

1. BOISTEL, p. 637

que dans l'autre, à redouter la fraude dont la crainte a inspiré la prohibition de l'article 448 ; en outre, on ne peut pas reprocher aux créanciers héréditaires leur négligence tant qu'ils n'ont pas laissé expirer le délai que le législateur leur a donné : la loi, reconnaissant, à raison d'un état de choses particulier, l'impossibilité morale ou matérielle d'inscrire immédiatement, a fixé un délai dans lequel l'inscription produirait le même effet qu'une inscription immédiate. La faillite ne saurait rien changer à cela : elle ne saurait notamment abréger un délai que le législateur a calculé dans sa sagesse (1). »

« Plus notre article (l'article 2146), écrivait Troplong, fait violence par son texte aux doctrines fondées sur la raison, moins on doit l'étendre hors de sa sphère. On ne saurait lui donner extension jusqu'au point d'atteindre le droit de celui qui demande la séparation des patrimoines (2). »

Il est vrai que Troplong est de ceux qui ne considèrent pas la séparation des patrimoines comme un véritable privilège. Mais à cette remarque incidente il ajoute aussitôt cette argumentation très rationnelle :

« Qui ne voit que c'est positivement parce que l'héritier peut se trouver obéré sur son patrimoine personnel, qu'on a introduit le droit de demander la séparation des patrimoines en faveur des créanciers ou légataires du patrimoine ? »

1. RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, v. *Faillite*, n° 457.

2. TROPLONG. *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 651.

132. — Il est certain qu'il y aurait absurdité complète à créer une protection aux créanciers de la succession et aux légataires contre le danger de l'insolvabilité de l'héritier pour les en priver quand ce danger atteindrait son maximum. « Voudrait-on, dit Troplong, que la loi se fut jouée d'eux en leur accordant une faculté de nature à n'être exercée que dans les cas où elle est inutile ? »

Quant à MM. Aubry et Rau, ils affirment laconiquement, sans commentaires, comme une chose toute certaine, que les règles de la séparation des patrimoines « ne sont modifiées ni par la faillite du défunt déclarée après son décès, ni par celle de l'héritier (1).

« L'inscription exigée par l'article 2111, enseigne M. Planiol, peut certainement être prise malgré la faillite. En effet, la séparation des patrimoines a été admise précisément pour garantir les créanciers du défunt contre l'insolvabilité de l'héritier, leur nouveau débiteur ; il serait contradictoire de leur ôter alors le moyen de la faire valoir (2). »

Presque tous les civilistes professent la même doctrine (3).

133. — Parmi les auteurs de droit commercial,

1. AUBRY ET RAU, t. IV, p. 485, § 619.

2. PLANIOL. *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 3037. L'application de l'article 2146, en matière d'acceptation bénéficiaire, à la séparation des patrimoines, produirait un résultat encore plus absurde. V. *infra*.

3. DEMOLOMBE. *Successions*, t. V, n° 198 ; BARAFORT. *Séparation des patrimoines*, n°s 162 et 163.

M. Thaller pose la question plus qu'il ne la résout :
« Dans la faillite, dit-il, on ne laisse au copartageant ni ces soixante jours ni à plus forte raison au vendeur ce délai indéfini. Les créanciers séparatistes *n'auraient pas* davantage la faculté, en requérant l'inscription dans les six mois de l'article 2111, de voir leur privilège remonter à l'ouverture de la succession. Si brusquement qu'éclate la faillite après l'opération de vente, de partage, etc., le créancier privilégié est sacrifié à la masse.

« La thèse précédente n'est pas unanimement acceptée (1). »

Et, dans la suite de la discussion, M. Thaller ne reparle plus de la séparation des patrimoines.

MM. Lyon-Caen et Renault sont plus catégoriques :
« En présence d'un texte absolu, disent-ils, peu importe qu'on ne puisse reprocher une fraude ou une négligence aux créanciers dont il s'agit. Qu'on dise que le législateur, en écrivant l'article 448 du Code de commerce, a perdu de vue des cas particuliers où des délais étaient accordés à des créanciers privilégiés, cela se comprendrait. Mais il faut se rappeler que la règle absolue se trouve dans l'article 2146 et qu'il n'est pas admissible qu'en écrivant cet article on n'ait pas songé aux hypothèses des articles 2109 et 2111 (2).

134. — *Jurisprudence*. — Les tribunaux ont été, à

1. THALLER, *op. cit.*, n°s 2058 et 2059.

2. LYON-CAEN ET RENAULT, *op. cit.*, t. VII, n° 294.

diverses reprises, saisis de la question et la jurisprudence semble fixée en faveur de l'efficacité de l'inscription de séparation des patrimoines, prise même après le jugement déclaratif de faillite mais avant l'expiration du délai de six mois imparti par l'article 2111 du Code civil.

135. — Seulement les arrêts relevés n'ont pas toute la portée que l'on serait tenté de leur attribuer, les uns parce qu'ils sont antérieurs à la loi de 1838 sur les faillites (1) ou statuent sur des espèces antérieures à cette loi (2) ; d'autres, parce qu'ils veulent trop prouver (ainsi l'arrêt de Montpellier du 2 avril 1868 qui professe que la séparation des patrimoines peut être demandée par les créanciers du défunt *plus de six mois* après l'ouverture de la succession, et peut être utilement inscrite, même postérieurement à la faillite de l'héritier, les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce étant ici sans application) (3) ; et c'est cette note excessive que nous retrouvons dans un arrêt de Bordeaux de 1895 (4) que nous croyons être le dernier sur la matière. La séparation des patrimoines, d'après cet arrêt, peut être utilement inscrite après la faillite de l'héritier aussi longtemps que l'immeuble reste aux mains de ce dernier ou que le prix en est encore dû.

1. Paris, 23 mars 1824 [D., 1825.2.119].

2. Cass. req., 22 juin 1841 [S., 41.1.723].

3. Montpellier, 2 avril 1868 [S., 68.2.283].

4. Bordeaux, 19 février 1895 [S., 96.2.27].

D'ailleurs l'arrêt affirme que la séparation des patrimoines n'a pas le véritable caractère d'un privilège ou d'une hypothèque, affirmation qui, vraie ou non, fausse toujours la théorie.

∴

136. — Nous ne voulons pas abandonner cette partie de notre matière sans observer que les questions qui viennent d'être examinées ne peuvent se poser au regard de l'hypothèque des légataires (article 1017 du Code civil). Cette hypothèque qui frappe les immeubles de la succession et qui n'est pas dispensée d'inscription ne saurait être valablement inscrite après la déclaration de faillite, soit du *de cujus*, soit de l'héritier.

S'agit-il en effet de la faillite du *de cujus*? Comme les légataires ne passent qu'après les créanciers en vertu de la règle *nemo liberalis nisi liberatus*, l'hypothèque des légataires ne sera évidemment pas opposable à la masse.

S'agit-il au contraire de la faillite personnelle de l'héritier, l'acceptation de la succession ayant eu pour effet de confondre le patrimoine de l'héritier avec celui du défunt, la masse des créanciers de l'héritier passera certainement avant les bénéficiaires de libéralités testamentaires du *de cujus*, et ces derniers auront à s'imputer de n'avoir pas conservé à leur profit le privilège de séparation des patrimoines.

137. — Il est un point d'ailleurs qui domine la

question. L'hypothèque légale de l'article 1017 est une hypothèque comme toutes les autres et qui ne bénéficie d'aucune faveur particulière. Elle ne jouit d'aucun délai pour s'inscrire. Elle est donc pleinement atteinte par l'article 448 si la déclaration de faillite de l'héritier a devancé son inscription.

138. — Bien entendu toutefois, que nous n'entendons parler que d'une succession ouverte au profit de l'héritier *avant* sa déclaration de faillite. L'hypothèque de l'article 1017 jouerait pleinement s'il s'agissait d'une succession échue au failli *depuis* le jugement déclaratif.

SECTION IV

Le privilège des copartageants

(Article 2109 du Code civil).

139. — Aux termes de l'article 2109 du Code civil, les copartageants ont un délai de soixante jours pour inscrire le privilège qui leur est conféré par la loi. Si l'un d'eux tombe en faillite, l'inscription sur les immeubles mis dans son lot devient-elle impossible ? La disposition de l'article 448 se dresse-t-elle devant elle comme un obstacle infranchissable ?

Cette question, pas plus que les précédentes, n'a eu l'heureuse fortune de rallier à une solution unique les représentants de la doctrine.

Les deux systèmes que nous avons vus aux prises depuis le commencement de ce chapitre se heurtent

de nouveau et même, des auteurs qui abandonnent les autres positions à l'envahissement de l'article 448, se cantonnent sur le terrain du privilège du copartageant.

Nous allons passer rapidement en revue les principaux arguments des champions des deux systèmes :

140. — PREMIER SYSTÈME. — *La faillite ne fait pas obstacle à l'inscription du privilège du copartageant tant que le délai de soixante jours à compter du partage, n'est pas encore expiré.* En ce sens :

Aubry et Rau : « Le cohéritier ou copartageant jouit du délai de soixante jours pour l'inscription de son privilège, bien que dans cet intervalle de temps, l'ancien communiste auquel sont échus les immeubles grevés de ce privilège, soit tombé en faillite.

« *Non obstant* articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce. La loi, en accordant au copartageant un délai de soixante jours pour l'inscription de son privilège, lui donne par cela même l'assurance que ce privilège sera efficace, pourvu qu'il soit rendu public avant l'expiration de ce délai et l'on ne comprendrait pas que sa condition pût être détériorée par la faillite du débiteur. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette opinion que le partage qui donne naissance au privilège est un acte nécessaire, et que cette circonstance, jointe à la brièveté du délai, écarte tout soupçon de fraude et même toute idée de négligence de la part du créancier (1). »

1. AUBRY ET RAU, 4^e édit., t. III, p. 363, texte et note 27.

M. Ruben de Couder se rallie à la doctrine d'Aubry et Rau qu'il adopte sans presque en altérer les termes (1).

« Nous croyons, dit de son côté M. de Loynes, que l'inscription prise avant l'expiration du délai produirait tous ses effets. Le délai fixé par l'article 2109 est assez court pour que le copartageant ne soit en aucun cas exposé à en perdre le bénéfice (2). »

Et revenant plus tard sur la question, M. de Loynes, fait ce raisonnement que nous n'oublierons pas dans notre essai de généralisation et qui pourrait être invoqué en faveur de tous les privilèges : « Remarquons que la situation du copartageant est analogue à celle de la femme veuve ou du mineur devenu majeur. L'un et l'autre sont obligés de prendre inscription dans un certain délai. Or on est d'accord que la déclaration de faillite du mari décédé ou de l'ancien tuteur... ne fait pas obstacle à l'efficacité de l'inscription pourvu qu'elle ait été requise dans le délai d'un an... Pourquoi en serait-il autrement pour le privilège du copartageant s'il est inscrit dans le délai légal de soixante jours ?... Si le privilège du copartageant doit être inscrit, la loi accorde un délai à l'intéressé et l'on peut dire qu'il jouit conditionnellement du bénéfice d'une dispense d'inscription (3). »

141. — DEUXIÈME SYSTÈME. — « Avant de savoir si

1. RUBEN DE COUDER. V. *Faillite*, n° 457.

2. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, *op. cit.*, t. I, n° 836.

3. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, *op. cit.*, t. II, n° 1595,

l'inscription donnera rang rétroactivement avant des créanciers précédemment inscrits, il faut savoir si elle peut encore être prise ; or cela est impossible, l'article 2146 s'y oppose. En effet, il ne s'agit pas de *conserver* à un créancier un rang déjà acquis, puisque son privilège non inscrit n'aurait jamais servi à rien : les privilèges ne sont pas dispensés d'inscription, comme le sont les hypothèques légales de la femme et du mineur. Là est l'erreur du système contraire quand il rapproche le délai donné pour l'inscription des privilèges de celui qui est donné par la loi de 1835 pour les hypothèques légales : le rang de la femme lui était acquis avant son inscription, le rang du créancier privilégié ne l'était pas ; l'un conserve son rang, l'autre l'acquiert. »

Ainsi s'exprime M. Planiol (1). Son argumentation n'a-t-elle pas quelque chose de forcé ? Peut-on dire d'un privilège qu'il n'existe pas avant son inscription ? C'est méconnaître son origine : le privilège existe, puisque la loi le donne. S'il n'existait pas, il ne pourrait pas être inscrit à toute époque, et c'est cependant ce qui arriverait si l'article 2146 n'opposait pas un obstacle juridique à son inscription. Est-il exact d'affirmer qu'il n'a pas de rang ? Non, car la loi lui assigne un rang : la date du partage s'il est inscrit à temps, — la date de son inscription, s'il est inscrit trop tard. L'application de l'article 2146 ne

1. PLANIOL, t. II, n° 3040 ; BOISTEL, n° 918 ; LYON-CAEN ET RENAUULT, t. II, n° 2715.

l'empêche pas de naître : elle le détruit. Et l'on en pourrait dire autant des hypothèques légales de la femme et du mineur lorsqu'elles n'ont pas été inscrites dans le délai d'un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. Cette hypothèque existe toujours et ne perd que son rang ; il lui faut la survéance d'un des événements prévus par l'article 2146 pour qu'elle perde son existence.

SECTION V

Privilèges fondés sur la création d'une plus-value.

§ 1. — PRIVILÈGE DES ARCHITECTES ET ENTREPRENEURS

(Art. 2110 du Code civil).

142. — Le privilège des architectes et entrepreneurs a-t-il à souffrir quelque atteinte du jugement déclaratif de faillite ? La publicité de ce privilège, si rarement conservé dans la pratique, exige l'inscription de deux procès-verbaux d'expertise constatant la valeur de l'immeuble avant et après les travaux et, par conséquent, établissant par la différence de leurs chiffres le montant de la plus-value.

Le premier procès-verbal doit être rédigé avant le commencement des travaux ; « préalablement » dit en termes formels l'article 2103 du Code civil. La jurisprudence exige qu'on ne commence même pas à démolir ce qui existait déjà et décide qu'un procès-verbal rédigé au cours des travaux, à plus forte raison après

leur achèvement, serait insuffisant pour assurer le privilège du constructeur (1). Le second procès-verbal doit être dressé dans les six mois qui suivent l'achèvement des travaux.

D'après l'article 2110 du Code civil, le privilège du constructeur est conservé « à la date de l'inscription du premier procès-verbal ».

C'est tout. Est-il donc loisible au constructeur d'inscrire le premier procès-verbal à toute époque comme il est loisible au vendeur de retarder indéfiniment la transcription qui doit assurer, d'après l'article 2108, la conservation de son privilège ?

143. — Les auteurs se sont divisés sur cette question :

Dans un premier système, on enseigne qu'à quelque époque que soit intervenue l'inscription du premier procès-verbal, le privilège est opposable aux créanciers inscrits *avant* les travaux qui ne pouvaient compter sur la plus-value donnée à l'immeuble, mais non aux créanciers hypothécaires qui ont pris inscription *depuis* le commencement des travaux (2).

D'après un deuxième système, le privilège du constructeur remonterait *erga omnes* à l'époque du commencement des travaux, quelle que soit l'époque de l'inscription du procès-verbal d'état des lieux. Ce sys-

1. Cass, 4^{or} mars 1853 [S., 53.1.353] ; 11 juillet 1855 [D., 56.1.9].

2. TROPLONG. *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 322 ; MOURLON. *Transcription*, n° 721 et s. ; AUBRY ET RAU, t. III, p. 367, § 278 ; LAURENT, t. XXX, n° 114.

tème, déjà ancien, est encore soutenu par Mourlon dans ses *Répétitions écrites*(1).

Ces deux systèmes ont un point commun : c'est qu'ils attribuent un effet rétroactif à la transcription du procès-verbal d'expertise, l'un au regard de *tous* les créanciers inscrits, l'autre au regard seulement des créanciers inscrits avant le commencement des travaux.

144. — Un troisième système, admis par la Cour de cassation (2) pose en principe que le privilège du constructeur à raison de la plus-value procurée à l'immeuble n'est opposable à tous créanciers inscrits sur l'immeuble qu'à la date de l'inscription du procès-verbal constatant l'état des lieux. Donc ni délai d'inscription, ni effet rétroactif (3).

145. — Enfin — et c'est une variante du troisième système — et c'est dans ce sens que doit, selon nous, être entendu l'arrêt de Cassation du 12 décembre 1893 — l'inscription du privilège, pour être efficace, doit précéder l'exécution des travaux.

146. — Quant au second procès-verbal, la plupart des auteurs admettent qu'il peut être utilement inscrit

1. MERLIN. *Rép.*, v. *Privilège*. Section V, n° 8 ; FAVART DE LANGLADE. *Rép.*, v. *Privilège*. Section IV, n° 9 ; MOURLON, *Répétitions écrites*, t II, n° 180.

2. Cass., 12 décembre 1893 [S, 94.1.217].

3. VALETTE. *Effet ordinaire de l'inscription*, p. 54 et s. ; HUREAUX. *Etudes sur le Code civil*, n° 26 et s. ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. I, n° 843.

à toute époque (1). M. Thaller assimile l'inscription du deuxième procès-verbal à une inscription prise en renouvellement.

Toutefois Aubry et Rau, ainsi que Flandin et M. Thaller, ont soutenu que le deuxième procès-verbal devait être inscrit dans le délai de six mois prévu par l'article 2103 du Code civil (2).

147. — L'adoption de l'un ou de l'autre de ces systèmes présente une importance capitale au point de vue de la solution du problème qui fait l'objet de notre étude.

Si en effet on adopte la variante du troisième système ou, si l'on veut, l'interprétation que nous avons donnée de ce système, la question soulevée par les articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce ne se posera pas : si, en effet, l'inscription du premier procès-verbal d'état de lieux doit *précéder* le commencement des travaux, et si elle est postérieure à la faillite, il s'ensuit que le constructeur, commençant son œuvre après le dessaisissement du failli, travaillera, non pour le compte du failli, mais pour le compte de la masse *dont il sera le créancier* (3).

Du reste, si les travaux non encore commencés au moment de la déclaration de faillite avaient été commandés par le failli, alors qu'il était encore *in bonis*,

1. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, *op. cit.*, n° 846 ; PAUL PONT, *op. cit.*, t. I, n° 279 ; DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. IX, n° 71 *bis*, II ; THALLER, n° 2057.

2. AUBRY ET RAU, t. III, p. 368, § 278 ; FLANDIN, *Transcription*, n° 1039.

3. THALLER, *op. cit.*, n° 2054.

le constructeur agira prudemment en ne se mettant à l'œuvre que sur l'ordre du syndic. M. Thaller dit que l'entrepreneur devrait exiger que le syndic au nom de la masse lui fournisse des garanties (1). Nous nous écartons un peu de l'opinion de M. Thaller en ce sens que nous ne considérons pas comme nécessaire l'obtention de garanties conventionnelles, la garantie légale n'ayant pas cessé d'exister.

Les difficultés ne peuvent surgir que si l'on admet, contrairement à notre opinion, et contrairement à la doctrine de l'arrêt du 12 décembre 1893, que l'inscription, dans une situation normale du débiteur, peut être prise postérieurement au commencement des travaux.

La situation en face de laquelle on serait alors placé serait celle que décrit M. Thaller (n° 2056). Alors qu'il était au-dessus de ses affaires, le failli a commandé des travaux à un entrepreneur. Au moment du jugement déclaratif de faillite, les travaux sont commencés et peut-être même achevés et le prix est en souffrance — le procès-verbal de la première expertise n'a pas encore été inscrit.

148. — Pour nous qui pensons qu'en pareil cas, le privilège n'existe pas et qu'il n'existerait pas quand même le propriétaire qui a commandé les travaux serait demeuré *in bonis*, nous n'avons pas à nous demander si la faillite serait irritante d'une inscription que nous considérons comme inefficace dans tous les cas.

1. THALLER, *op.*, *cit.*, n° 2056.

Mais la question se pose pour tous ceux qui, avec plus ou moins d'étendue, attribuent une valeur à l'inscription prise après l'exécution totale ou partielle des travaux.

La majorité de la doctrine et la jurisprudence décident que le premier procès-verbal doit être transcrit avant la survenance de la faillite, faute de quoi le privilège se trouve perdu (1).

Quant à l'inscription du second procès-verbal il semble bien qu'elle conserve toute son efficacité alors même que le débiteur a été déclaré en faillite depuis l'inscription du premier et cela même dans le cas où ce second procès-verbal n'aurait pas été inscrit dans les six mois de la cessation ou de l'achèvement des travaux.

149. — Toutefois Aubry et Rau enseignent une doctrine contraire (2).

« Quant au second procès-verbal, disent Aubry et Rau, il doit, au cas même où l'immeuble n'est pas sorti des mains du débiteur, être inscrit dans les six mois de l'achèvement des travaux, faute de quoi il dégénère en simple hypothèque. On ne saurait admettre que le législateur, tout en exigeant, pour la conservation du privilège, l'inscription du procès-verbal, ait entendu laisser au créancier la faculté de la requérir quand bon lui semblerait ; et si, dans l'article 2110, il n'a indiqué aucun délai spécial à cet effet, c'est par

1. Limoges, 1^{er} mars 1847 [S., 47. 2. 637]. Conf. PLANIOL, t. II, n° 3039 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. I, n° 844 et t. II, n° 1597.

2 AUBRY ET RAU, t. III, p. 369, § 278.

ce motif sans doute que, dans sa pensée, le délai ne devait pas dépasser celui que l'article 2103 fixe pour la rédaction même du second procès-verbal. L'opinion contraire enlèverait toute utilité pratique à l'inscription de ce second procès-verbal qui, destiné à faire connaître aux tiers le montant de la mieux-value et l'importance de la créance, forme le complément indispensable du premier procès-verbal, dont l'inscription ne constitue *qu'une simple annonce d'un privilège éventuel* (1). »

150. — Quelle portée a dans notre matière la doctrine de MM. Aubry et Rau ? Elle entraîne cette conséquence que, si l'inscription du premier procès-verbal avait eu lieu *avant* le jugement déclaratif de faillite, cette inscription serait frappée d'inefficacité par le fait que l'inscription du second procès-verbal n'aurait pas été prise en temps utile.

L'opinion de MM. Aubry et Rau est généralement repoussée (2).

1. AUBRY ET RAU, t. III, p. 368, texte et note 38. Dans le même sens FLANDIN. *Transcription*, t. II, nos 1039 et 1041.

2. BAUDRY-LACANTINIERE ET DE LOYNES, *op. et loc. cit.*; DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 120 *bis*, VII ; THÉZARD. *Nantissement, Privilèges et hypothèques*, n° 318.

§ 2. — AUTRES PRIVILÈGES FONDÉS SUR LA CRÉATION D'UNE PLUS-VALUE. (LOIS DU 16 SEPTEMBRE 1807, DU 21 AVRIL 1810, DU 17 JUILLET 1856, DU 8 FÉVRIER 1897).

151. — Nous allons étudier dans ce paragraphe quatre privilèges qui sont l'extension évidente par des lois spéciales du privilège de l'article 2110. Fondés comme celui-ci sur l'idée d'une plus-value donnée à un immeuble, exigeant pour leur conservation la rédaction de deux procès-verbaux d'expertise dont l'écart mesure l'importance de la plus-value apportée au fonds, consacrés par une inscription ou par la transcription du titre constitutif du privilège, ils soulèvent les mêmes questions, quant à l'application de l'article 448 du Code de commerce, que le privilège de l'article 2110.

Pour rendre plus complète l'analogie des difficultés qu'ils font naître avec celles que nous avons précédemment examinées, ces privilèges se conservent les uns par une inscription, les autres par une transcription de l'acte générateur du privilège ; pour la publicité des uns la loi n'a pas imparti de délai ; elle en a accordé pour la publicité des autres. Il en est même un (le privilège du domanier) pour lequel la loi n'a prévu aucune mesure de publicité.

152. — Les quatre privilèges qui peuvent être considérés comme des extensions du privilège des articles 2103 et 2110, sont par ordre chronologique :

1° Le privilège pour dessèchement des marais (Loi du 16 septembre 1807).

2° Le privilège pour travaux d'établissement des mines (Loi du 21 avril 1810).

3° Le privilège des travaux de drainage (Loi du 17 juillet 1856).

4° Le privilège du domanier (Loi du 8 février 1897).

..*

153. — *Privilège résultant du dessèchement des marais.* — La loi du 16 septembre 1807 a créé un privilège très analogue à celui des architectes et entrepreneurs au profit de l'indemnité due soit à l'Etat, soit au concessionnaire des travaux par les propriétaires dont les terrains ont été desséchés et améliorés. Comme le privilège de l'entrepreneur, il a pour limite la plus-value produite par les travaux et donne lieu à deux expertises, l'une avant le commencement, l'autre après l'achèvement de ces travaux dont le but est de déterminer l'étendue de la plus-value créée (1).

La conservation de ce privilège est subordonnée à une formalité de publicité, la transcription de la concession (s'il a été procédé au dessèchement par un concessionnaire) au bureau des hypothèques de l'arrondissement ou des arrondissements de la situation des marais desséchés (Art. 23 de la loi du 16 septem-

1. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 2935.

bre 1807). Au cas de dessèchement entrepris par l'Etat lui-même, c'est le décret ordonnant le dessèchement au compte de l'Etat qui fait l'objet de la transcription au bureau des hypothèques.

Le privilège du concessionnaire ou de l'Etat serait-il perdu si, avant la transcription de l'acte de concession ou du décret, le propriétaire dont le fonds a été amélioré venait à tomber en faillite ?

Il faut partir de cette idée, qui nous paraît absolument certaine que la question doit être traitée comme celle qui naît de l'article 2110. Elle provoque les mêmes controverses et appelle les mêmes solutions, le privilège de la loi du 16 septembre 1807 n'étant autre chose que le privilège même des articles 2103 et 2110.

L'article 2103 paraît ne pas s'appliquer à des travaux qui ne se rattacheraient pas à l'idée de construction. Les travaux de dessèchement, de drainage, de canalisation, n'auraient pas été prévus par lui.

Eh bien ! c'est une erreur ; et si l'article 2103, ne fait pas allusion à ces travaux, c'est par suite d'une inadvertance inexpliquée des rédacteurs du Code.

Cretet, lors de la discussion au Conseil d'Etat du texte primitif de l'article 2103, ayant fait remarquer que ce texte ne parlait pas des canaux et ayant proposé un amendement dans le sens de cette modification, Treilhard déclara qu'il acceptait l'amendement et proposa le texte suivant : «... Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux,

digues, *ouvrages de dessèchement* ou autres ouvrages quelconques... » Ce texte fut adopté : le procès-verbal des séances du Conseil d'Etat en fait foi. Comment le mot *dessèchement* a-t-il disparu de la rédaction définitive ? Le point n'a jamais été éclairci (1).

La lacune a été comblée par la loi de 1807 dont l'article 23 qui consacre le privilège, doit être éclairé par les articles 2103 et 2110.

154. — A quel moment doit être transcrit le titre de concession ou le décret ? Nous retrouverions ici les controverses et les trois systèmes divergents qui ont été exposés plus haut.

M. Fabreguettes, fidèle au système admis par la Cour de cassation dont il est membre, enseigne que « Dans sa lettre comme dans son esprit, l'article 23 reproduit toutes les dispositions du Code civil (art. 2103-4°) » et que « La transcription des actes visés dans cet article 23 doit avoir lieu avant le commencement des travaux (2). »

Ce système qui rend inutile l'application des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce et, par conséquent, supprime la controverse en supprimant la question, est aussi le nôtre.

*
* *

155. — *Privilèges des travaux pour l'établissement des mines* (Loi du 21 avril 1810). — Une seconde

1. GUILLOUARD, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 530.

2. FABREGUETTES, *Traité des eaux publiques et des eaux privées*, t. II, p. 317.

extension à l'article 2103 du Code civil fut donnée par la loi du 21 avril 1810 sur les mines. L'article 20 de cette loi affecte les mines par privilège à ceux qui auront fourni des fonds pour leur recherche ou fait des travaux pour leur mise en exploitation à charge, dit le texte, « de se conformer aux articles 2103 et autres du Code Napoléon relatifs aux privilèges ».

Cette fois le texte est explicite : le privilège établi par la loi est placé sous le régime général des privilèges établis par le Code civil, et sous le régime spécial de l'article 2103, — évidemment du quatrième alinéa de cet article.

Par conséquent, le privilège sera conservé par la transcription des procès-verbaux d'état de lieux et la transcription du premier procès-verbal, pour être efficace, devra être opérée avant les événements qui arrêtent le cours des inscriptions, dans notre espèce, avant le jugement déclaratif de faillite.

∴

156. — *Privilèges des travaux de drainage.* — La loi du 17 juillet 1856 sur le drainage a institué un privilège sur les revenus et récoltes des terrains drainés — ce dont nous n'avons pas à nous occuper — et sur ces terrains eux-mêmes, — ce qui rentre au contraire dans notre matière — pour remboursement des sommes avancées par l'Etat, les syndicats ou les particuliers ainsi que pour le prix des travaux dus aux entrepreneurs.

Ce privilège comme le précédent appartient nettement à la catégorie des privilèges fondés sur la plus-value procurée à un immeuble ; aussi comporte-t-il la rédaction de deux procès-verbaux d'expertise destinés à établir cette plus-value (1).

157. — Il résulte de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1856 que le privilège accordé par cette loi sur les terrains drainés se conserve par une inscription prise : pour le Trésor public et pour les prêteurs, dans les deux mois de l'acte de prêt ; pour les syndicats, dans les deux mois de l'arrêté qui les constitue ; pour les entrepreneurs, dans les deux mois du procès-verbal prescrit par l'article 6 de la loi (2).

Ce qui soulève immédiatement la question de savoir si le privilège des travaux de drainage, inscrit dans le délai de deux mois, dont le point de départ varie suivant les hypothèses prévues par l'article 6, ne sera pas invalidé par l'interposition du jugement déclaratif de faillite entre sa naissance et son inscription.

La solution de la question dépendra du parti que l'on croit devoir prendre dans la controverse entre les auteurs qui accordent un effet rétroactif à la publicité des privilèges auxquels la loi a accordé un délai pour s'inscrire, et ceux en plus grand nombre qui — à regret du reste — accordent à l'article 448 du Code de commerce un effet absolu (3).

1. V. PLANIOL, t. II, n° 2937.

2. PAUL PONT, t. I, n° 306.

3. V. *infra*, n° 194 et s., à l'Essai de généralisation.

158. — *Privilège du domanier.* — Enfin la loi du 8 février 1897 qui clôt, quant à présent, cette série d'additions aux articles 2103-4^e et 2110, établit, en matière de domaine congéable, un privilège au profit du domanier congédié par le propriétaire pour la garantie des sommes qui lui sont dues à raison de la plus-value qu'il a procurée au fonds (1).

Cette plus-value est fixée à dire d'experts.

Le privilège porte sur les édifices et superficies, et, en cas d'insuffisance, sur le fonds lui-même (art. 5, alinéa 2).

Ce privilège doit-il être inscrit ? La loi a oublié de le dire ! S'il est dispensé d'inscription, l'article 448 lui sera évidemment inapplicable. Mais est-il réellement dispensé d'inscription ? MM. Pinchon et Gourvil qui ont fait ensemble, sur la loi de 1897, une monographie appréciée (2) ne s'accordent pas sur ce point. M. Gourvil pense que le privilège du domanier n'a pas besoin d'être inscrit ; M. Pinchon est d'avis contraire.

159. — Mais si l'inscription est nécessaire, dans quel délai doit-elle être opérée ? Elle pourrait être prise, d'après M. Grivard, rapporteur de la loi au Sénat, tant que l'immeuble reste dans le patrimoine du débiteur c'est-à-dire du propriétaire du fonds (du foncier) — ce qui prouve que M. Grivard ne considérerait pas le pri-

1. PLANIOL, n° 2938.

2. PINCHON ET GOURVIL, *Commentaire et historique de la loi du 8 février 1897*.

vilège du domanier comme dispensé d'inscription, mais l'assimilait jusqu'à un certain point au privilège du vendeur pour lequel aucun délai de publicité n'a été imparti par le législateur.

En ce cas, il y aurait lieu d'appliquer, au regard des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce, au privilège du domanier, les solutions admises pour le privilège du vendeur — solutions sur lesquelles ainsi qu'on l'a vu, les auteurs sont assez peu d'accord.

160. — Un autre système peut être déduit du texte de l'article 5 de la loi : « Le foncier, d'après cet article, aura pour solder sans intérêts au domanier l'indemnité de plus-value, un délai de six mois à partir du 29 septembre, date de son entrée en jouissance. »

Pour bien comprendre cette disposition dans laquelle le législateur a parlé une langue plus régionale que juridique, il faut retenir qu'en Bretagne et dans une grande partie de l'ouest de la France, le 29 septembre « la Saint-Michel » est la date fatidique des congés.

Le domanier qui fait « exponse », c'est-à-dire qui renonce à continuer son bail emphytéotique, doit abandonner le domaine au foncier à la Saint-Michel. C'est à ce moment qu'il cesse d'être domanier pour devenir créancier de la plus-value. C'est à ce moment aussi qu'il devrait inscrire le procès-verbal d'estimation, que, d'après l'article 6, il a dû faire notifier avant le 29 septembre (1).

1. PINCHON ET GOURVIL, *op. cit.*, n° 76.

Passé ce délai le privilège du domanier dégénérerait en simple hypothèque, conformément à l'article 2113.

Une fois dégénéré en hypothèque ordinaire, nul doute qu'il ne pourrait être inscrit utilement après le jugement déclaratif de faillite.

Mais, s'il était inscrit, avant le 29 septembre ou au plus tard le 29 septembre et que le foncier eût été déclaré en faillite avant cette date, le 1^{er} septembre par exemple ? On pourrait soutenir que le domanier n'ayant échangé sa qualité d'emphytéote contre la qualité de créancier qu'après le jugement déclaratif de faillite, le fait générateur de son privilège est postérieur à la faillite, et qu'en conséquence ce privilège reste opposable aux créanciers de la masse.

*
* *

SECTION VI

Privilèges fiscaux

161. — Nous ne nous occuperons ici, bien entendu, que des privilèges fiscaux qui portent sur les immeubles, — nous n'avons même pas à nous arrêter aux privilèges immobiliers qui frappent le *revenu* des immeubles — comme celui qui garantit le recouvrement de l'impôt foncier (Loi du 12 novembre 1808) ou celui qui est accordé par l'article 22 de la loi du 22 Frimaire an VII à l'administration de l'enregistrement pour le paiement des droits de mutation. La jurisprudence

admettait autrefois que ce dernier frappait les immeubles même de la succession, mais elle a reconnu en 1857 que l'assiette du privilège devait être limitée aux seuls revenus des immeubles héréditaires (1).

Le Trésor est privilégié :

1° Sur tous les biens mobiliers et immobiliers des condamnés pour frais dus en matière criminelle.

2° Sur les biens de ses comptables. L'article 2121 du Code civil ne lui accordait qu'une hypothèque légale. La loi du 5 septembre 1807 a transformé cette hypothèque qui ne prenait rang qu'à la date de son inscription, en une hypothèque privilégiée au regard seulement des immeubles qui ont été acquis à titre onéreux par le comptable depuis son entrée en fonctions.

162. — Cette transformation se justifie aisément. Le comptable qui, depuis qu'il a commencé à manier les deniers de l'Etat, a tout à la fois puisé dans sa caisse et fait des acquisitions immobilières, a soldé ces dernières au moyen des détournements qu'il a commis et il est équitable que l'Etat se paie avant tous sur des immeubles dont le prix a été soldé à ses dépens.

Sur les immeubles qui appartenaient au comptable avant son entrée en fonctions et sur ceux qu'il a acquis depuis, à titre de succession, donation ou legs, l'Etat n'a que l'hypothèque légale non privilégiée ni

1. Cass. civ., 23 juin 1857 : quatre arrêts, et Cass. req., 24 juin 1857 [D., 57.1.242].

dispensée d'inscription que lui a attribuée l'article 2121 (alinéa 6).

C'est aussi la seule garantie dont bénéficient les départements, les communes et les établissements publics, la réforme de la loi de 1807 ne visant que les comptables de l'Etat.

163. — 3° La Régie des Douanes aux termes des articles 23 de la loi des 6-22 août 1791 (titre XIII), 4 du titre VI de la loi du 4 germinal an II et 58 de la loi du 28 avril 1816 est privilégiée sur les immeubles acquis par ses comptables depuis le commencement de leur gestion.

164. — Nous allons reprendre ces trois privilèges en recherchant l'influence qui peut être exercée sur leur existence par les événements prévus par l'article 448 du Code de commerce.

165. — A) *Privilège du Trésor sur les biens des comptables.* — Ce privilège doit être inscrit dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété. *Quid* si le comptable venait à être déclaré en faillite entre l'enregistrement de l'acte translatif et l'inscription au profit de l'Etat? On nous dira que le fait n'est pas vraisemblable parce qu'il suppose que le comptable aurait cumulé l'exercice d'un commerce avec ses fonctions administratives. Le fait n'a cependant rien d'impossible puisque l'article 7 déclare qu'en certains cas les comptables de l'Etat seront poursuivis comme *banqueroutiers frauduleux*, par conséquent passibles d'une peine qui n'atteint que des faillis.

Le Trésor est dans une situation très analogue à celle d'un vendeur impayé, — ou plus exactement d'un bailleur de fonds qui a fourni les deniers nécessaires pour désintéresser le vendeur d'immeuble (art. 2108) et qui n'a pas été remboursé. L'Etat, dans l'espèce, est un prêteur involontaire.

Bien des considérations militent en faveur de la validité de son inscription : le délai de deux mois sur lequel il croyait pouvoir compter, le caractère privilégié de sa garantie.

Néanmoins les auteurs intransigeants qui s'en tiennent à la lettre de l'article 448 n'admettraient sans doute pas la validité de l'inscription de l'Etat, si elle avait été devancée par le jugement déclaratif de faillite (1).

166. — B) *Privilège sur les immeubles des condamnés pour frais de justice criminelle.* — Ce privilège doit également être inscrit dans les deux mois à dater du jour du jugement de condamnation.

167. — Sur la question qui nous occupe, nous avons une jurisprudence établie. La Cour de cassation dans un arrêt très précis de 1874 a décidé :

1° Que le privilège du Trésor pour frais de justice criminelle, lorsqu'il a été inscrit dans les deux mois de la condamnation *remonte aux faits ayant motivé*

1. Si l'on considère toutefois les arrêts donnés, *infra*, n° 167 en matière de frais de justice criminelle, il semble bien que la jurisprudence entende faire passer le privilège de l'Etat avant tous autres s'il est inscrit dans le délai légal.

la poursuite et ne reçoit dans son exercice aucune modification de l'état de faillite du débiteur survenu après les faits et avant la condamnation et l'inscription (1).

2° Que ce privilège (inscrit dans les deux mois de la condamnation) prime l'inscription de l'article 490.

Cette jurisprudence nous paraît excessive ; le privilège ne devrait remonter au plus qu'à la date de la condamnation. Elle est néanmoins consacrée (2).

168. — En revanche la partie civile qui a fait l'avance des frais et qui obtient une condamnation de ce chef ne peut se prétendre privilégiée (3).

On nous permettra de signaler le peu d'harmonie de ces jurisprudences et de dénoncer la dernière décision comme une violation flagrante de l'article 1251 du Code civil. Les praticiens savent à quoi s'en tenir sur cette dernière jurisprudence. La victime d'un malfaiteur médiocrement solvable veut défendre contre celui-ci son patrimoine, son honneur ; le ministère public exige que le plaignant se constitue partie civile ; l'instruction est coûteuse ; la victime est obligée de supporter 1.500, 2.000 francs de frais « sauf son recours » contre la partie condamnée *pour laquelle elle paie*. Le fisc est privilégié sur le patrimoine de la victime,

1. Cass., 13 janvier 1874 [S., 74.1.111].

2. Paris, 4 mars 1839 [S., 39.2.136] ; Metz, 28 février 1856 [S., 56.2.321] ; Besançon, 30 août 1856 [S., 56.2.698] ; Cass., 11 août 1857 [S., 57.1.751].

3. Tribunal de la Seine, 1^{er} décembre 1891 [Gaz. des Trib., 1^{er} janvier 1892], *Sic*, BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, n° 697.

mais la victime ne l'est pas sur le patrimoine du malfaiteur !...

169. — Quoi qu'il en soit, le privilège des frais de justice criminelle n'est atteint ni par la faillite du débiteur ni par l'ouverture de la période suspecte, ni par l'inscription prise au nom de la masse.

On pourrait en donner une raison qui répondrait à toutes les objections; c'est que le privilège accordé au Trésor par la loi du 5 septembre 1807 pour le recouvrement des frais de justice criminelle est un privilège général analogue, presque identique à celui des frais de justice civile (art. 2101) portant sur les meubles et les immeubles, et nous avons dit au commencement de ce titre que les privilèges généraux échappaient aux dispositions de l'article 448 du Code de commerce (1).

Le caractère de privilège *général* est reconnu au privilège de frais de justice criminelle par la jurisprudence et par de nombreux auteurs (2).

170. — C) *Privilège de la Régie des Douanes*. — Ence qui concerne le privilège mobilier, nous croyons la question tranchée par l'article 4 du titre VI de la loi du 4 Germinal an II : « La République est préférée à tous créanciers, pour droits, confiscations, amendes et restitutions... »

1. V. *supra*, n° 43.

2. Cass., 22 août 1836 [S., 36, 1.625]; PERSIL, *Privilèges et hypothèques* sur l'article 2103 note 1 ; BAUDRY-LACANTINIERE ET DE LOYNES, n° 678 ; AUBRY ET RAU, t. III, p. 183, § 263 *bis* ; PAUL PONT, t. I, n° 44 ; GUILLOUARD, t. II, n° 450.

Mais le droit de la douane est double. La Régie des douanes a un privilège sur les meubles de ses redevables (art. 22 de la loi du 6-22 août 1791) et, sur leurs immeubles, une hypothèque qui est établie par l'article 23 sans que cette loi dise si elle doit ou non être inscrite.

On en a conclu que cette hypothèque n'était pas dispensée d'inscription. Il a été décidé en jurisprudence, par un arrêt déjà ancien, que le privilège (on englobe sous le même nom le privilège mobilier de l'art. 22 et l'hypothèque de l'art. 23) sur les biens immeubles appartenant aux redevables ne peut s'exercer qu'autant qu'il a été inscrit. En conséquence l'administration ne peut, à défaut d'inscription, réclamer sur les biens du débiteur tombé en faillite, aucune préférence sur les créanciers chirographaires (1).

171. — Il résulterait de cette jurisprudence — conforme d'ailleurs à une instruction de la Régie des douanes du 12 juillet 1810 — qu'envisagée au regard des immeubles, la garantie du fisc est, comme l'appelle l'article 23, une hypothèque et une hypothèque ordinaire non dispensée d'inscription. Nous pensons en conséquence qu'elle ne pourrait plus être utilement inscrite après le jugement déclaratif de faillite, et qu'elle pourrait être annulée s'il s'était écoulé plus de quinze jours entre le fait générateur (2) de l'hypothèque et son inscription.

1. Rennes, 1^{er} avril 1812 [S. et P. chr.].

2. Mais quel moment doit être assigné à l'accomplissement du fait générateur : L'article 23, titre XIII, nous donne la réponse : « La Régie

172. — Son privilège sur les meubles, au contraire, est considéré comme subsistant malgré la faillite (1).

*
* *

RÉSUMÉ.

173. — Les développements exposés dans les sections précédentes font ressortir les divergences des auteurs et les incertitudes de la jurisprudence et laissent le juriste sous une impression pénible d'incohérence. On s'est demandé s'il ne serait pas possible de dégager un critérium à la faveur duquel, on substituerait une solution uniforme à des solutions qui diffèrent pour chaque privilège et pour ainsi dire avec chaque auteur. La recherche de ce critérium — s'il existe — fera l'objet du chapitre III du présent titre.

aura hypothèque sur les immeubles des redevables à compter du jour où les soumissions ont été faites sur le registre et signées par eux ou leurs facteurs, pourvu néanmoins que les extraits des registres contenant la soumission desdits redevables aient été soumis à l'enregistrement dans le délai fixé pour les actes des notaires.

1. Bruxelles, 18 août 1811 [S. et P. chr.]. *Sic*, GUILLOUARD, t. II, n° 565.

CHAPITRE II

Effets de l'ouverture de la période suspecte sur l'inscription des privilèges (Art. 448-2° du Code de commerce)

174. — Pour ne pas charger de détails des discussions déjà compliquées, nous n'avons dans les sections précédentes envisagé que l'alinéa 1^{er} de l'article 448 dans ses rapports avec les privilèges immobiliers. Mais il ne faut pas perdre de vue que notre article contient une seconde disposition dont il faut aussi délimiter la sphère d'application.

175. — Nous rappelons que ce deuxième alinéa est ainsi conçu : « Les inscriptions prises après « l'époque de la cessation de paiements ou dans les « dix jours qui précèdent pourront être déclarées « nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre « la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du « *privilège* et celle de l'inscription. »

176. — Cette nullité facultative atteint-elle réellement les privilèges aussi bien que les hypothèques ? les droits de préférence nés de la loi, comme ceux qui procèdent de la convention des parties ou des jugements ?

Remarquons tout d'abord que le caractère facultatif de l'annulation enlève à la disposition de l'alinéa 2, la plus grande partie de sa gravité. Les tribunaux en effet refuseront d'annuler l'inscription toutes les fois qu'aucun soupçon de collusion ne pourra pénétrer dans l'esprit des juges.

Mais ce tempérament dont se contente l'équité ne suffit pas à la raison et il convient de se demander, s'il n'y a pas des hypothèques privilégiées ou des privilèges immobiliers (pour nous c'est tout un) dont l'inscription ne peut être déclarée nulle même lorsqu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la naissance du droit et l'ouverture de la période suspecte.

*
* *

177. I. — *Hypothèque du pupille et de la femme mariée.* — Pour que la question puisse être soulevée, il faut supposer qu'au moment de l'ouverture de la période suspecte, une année déjà s'est écoulée depuis la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

L'article 448-2°, dit-on dans un premier système, est inapplicable aux hypothèques légales de la femme mariée et du pupille. Pour que le tribunal puisse annuler une inscription, il ne suffit pas qu'elle ait été prise depuis la date de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui la précèdent, il faut encore qu'elle le soit plus de quinze jours après la date de l'*acte constitutif* du privilège ou de l'hypothèque. Or pour les hypo-

thèques légales, il n'y a pas d'acte constitutif en dehors du texte légal qui les établit (1).

178. — D'ailleurs, nous n'apercevons pas beaucoup de cas d'application pratique de la nullité en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée.

Comment, en effet, peut se dissoudre le mariage ? Par la mort de l'un des époux ou par le divorce.

a) A l'époque de la faillite, les deux époux sont encore vivants : l'hypothèque de la femme est toujours dispensée d'inscription. On ne peut donc lui reprocher de n'avoir pas été inscrite au cours de la période suspecte.

b) Le mariage est dissous par le prédécès du mari (On sait qu'une personne peut être déclarée en faillite dans l'année qui suit son décès). Au moment de la déclaration de faillite, le mari est nécessairement mort depuis moins d'un an. L'hypothèque de la femme a encore le droit d'être occulte. On ne peut donc lui reprocher une inscription tardive.

c) Au moment de la faillite, le mariage est dissous depuis plus d'un an par le prédécès de la femme. Les héritiers de celle-ci sont en faute de ne pas avoir fait inscrire son hypothèque et l'on conçoit que, dans ce cas, on puisse les soupçonner de connivence avec le mari ou leur reprocher une négligence coupable par laquelle ils ont trompé le public sur le crédit du mari.

d) A l'époque où a été prononcée la déclaration de

1. LYON-CAEN ET RENAULT, t. VII n° 415 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1591.

faillite du mari, l'union conjugale a été dissoute par un divorce et la transcription du jugement de divorce est intervenue depuis plus d'un an. La femme n'a pas fait inscrire son hypothèque légale.

Dans les deux dernières hypothèses, non seulement, on peut défendre l'application de l'article 448-2°, mais on ne peut même pas ne pas appliquer cet article. Pourquoi? parce qu'aux termes de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, l'hypothèque de la femme est dégénérée en hypothèque ordinaire et elle peut être annulée en vertu de l'article 448-2° comme toute hypothèque ainsi retombée sans l'application du droit commun.

179. — Nous pourrions faire les mêmes observations au sujet de la tutelle et distinguer quatre cas analogues : *a)* celui où la déclaration de faillite intervient pendant la tutelle ; *b)* celui où, au moment de sa déclaration de faillite posthume, le tuteur est décédé en fonctions, depuis moins d'un an ; *c)* celui où la tutelle a pris fin depuis plus d'un an par le décès du pupille ; *d)* celui où la tutelle, au moment de la faillite a cessé depuis plus d'un an par la décharge ou la destitution du tuteur. Dans les deux premiers cas, l'inscription ne peut être critiquée comme tardive puisque la dispense d'inscription n'a pas encore pris fin ; et dans les deux autres, l'hypothèque, décoronnée de son caractère privilégié, retombe sous l'application du droit commun et subit le sort de toute hypothèque ordinaire.

180. — Seulement on se demande, en pareil cas,

quel est le point de départ du délai de quinzaine. Ce serait, d'après Aubry et Rau, l'expiration de l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage (1).

C'est une question sur laquelle on n'a pas encore pu se mettre d'accord et cette divergence, cette impossibilité de déterminer un point de départ est un des arguments sur lesquels des auteurs éminents s'appuient pour conclure à l'inapplicabilité de l'article 448-2° aux hypothèques privilégiées de la femme et du mineur.

181. — *Jurisprudence*. — Il y a peu de jurisprudence sur la question et l'on ne s'en étonnera pas si l'on considère, combien les circonstances dans lesquelles elle se pose, sont, ainsi que nous venons de le remarquer plus haut, peu fréquentes.

182. — A) Dans le sens de l'inapplicabilité complète de l'article 448-2° aux hypothèques légales de la femme mariée et du pupille nous relevons deux arrêts de Colmar et de Caen (2).

« Attendu, dit l'arrêt de Caen, que l'article 2146 du Code civil qui enlève tout effet aux inscriptions prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls, se réfère aux dispositions du Code de commerce ; et *que les articles 446 et 447 de ce dernier Code sont sans applica-*

1. AUBRY ET RAU, t. III p. 516, texte et note 21.

2. Colmar, 15 janvier 1862, Winckler [S., 62.2.122]; Caen, 18 juin 1879 ; Payen [S., 80.2.201].

tion possible aux hypothèques légales ; — qu'à la vérité, depuis la loi du 23 mars 1855, le premier alinéa de l'article 448 régit les hypothèques légales comme les hypothèques judiciaires et conventionnelles, parce que les termes sont généraux et se concilient avec toute espèce d'inscription hypothécaire ; qu'il en est autrement du deuxième alinéa du dit article... qu'il résulte de ce texte que le législateur a eu conséquemment en vue le cas où un contrat ou un jugement conférant hypothèque est tenu secret pendant plus de quinze jours après sa date ; mais que les expressions « à la date de l'acte constitutif de l'hypothèque » laissent forcément en dehors les hypothèques légales, parce que celles-ci ne dérivent pas d'une convention ou d'une décision judiciaire : qu'elles sont produites par un fait, la célébration d'un mariage ou l'ouverture d'une tutelle et qu'on ne pourra jamais dire de ce fait, d'après le sens grammatical des mots, qu'il est un acte constitutif de l'hypothèque (1). »

183. — La même doctrine avait déjà été formulée par l'arrêt de Colmar du 15 janvier 1862 : « La disposition du deuxième alinéa de l'article 448 du Code de commerce est, d'après l'arrêt, inapplicable aux ins-

1. L'arrêt de Caen est intervenu dans les conditions que nous avons indiquées plus haut comme étant *les seules* qui puissent donner lieu à la position de la question : la dame Payen était morte : c'est par son prédécès que le mariage avait été dissous, et les héritiers n'avaient inscrit l'hypothèque qu'après l'expiration de l'année écoulée depuis le décès de la dame Payen. La question, comme nous l'avons dit, pourrait encore se poser aujourd'hui si le mariage avait été dissous par un divorce.

criptions de l'hypothèque légale de la femme et du mineur, — et peu importe (c'est le point qui nous paraît infiniment douteux) qu'au moment où elle a été inscrite, l'hypothèque légale fût devenue, aux termes de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, sujette à inscription... »

C'est cette dernière proposition qui nous paraît sujette à critique : le jour où l'hypothèque de la femme mariée ou du mineur tombe à l'état d'hypothèque ordinaire (arg. du rapprochement de l'art. 8 de la loi de 1855 avec l'article 2113 au Code civil) elle doit subir le même sort que toutes les hypothèques non privilégiées (1).

L'arrêt de Colmar a été déféré à la Cour de cassation ; le pourvoi a été rejeté, mais sans que la Chambre des requêtes ait résolu le point qu'il importait d'éclaircir ; la Chambre des requêtes a esquivé la question, en déclarant que la Cour de Colmar, en refusant d'annuler l'hypothèque légale par le motif qu'il n'y avait ni fraude ni préjudice causé, avait rendu une décision souveraine (2).

184. — B. — La Cour d'Alger a admis l'application de l'article 448-2° à l'hypothèque de la femme mariée dégénérée en hypothèque ordinaire par suite

1. Dans l'affaire jugée par la Cour de Colmar, il s'agissait de l'hypothèque des mineurs. Le sieur Winckler était tombé en faillite, et ses filles, M^{lles} Winckler, n'avaient inscrit leur hypothèque que plus d'un an après leur majorité.

2. Cass. 2 mars 1863 [S.63.1.425]

du défaut d'inscription dans l'année et cela nous paraît conforme aux véritables principes.

La Cour affirme, à bon droit selon nous, « que du moment où l'hypothèque légale est soumise à la nécessité d'une inscription, elle doit être ramenée à la loi commune, en subir toutes les prescriptions, et compter notamment avec les obstacles que la sagesse du législateur avait apportés dans certains cas à la prise d'une inscription (1) ».

L'adoption de ce système fait surgir la question envisagée plus haut en doctrine du point de départ des quinze jours à l'expiration desquels l'inscription devient suspecte.

Cette question, la Cour d'Alger ne l'a pas résolue, et tout en indiquant ses tendances, elle a déclaré ne vouloir pas la résoudre dans l'espèce :

« Il n'y a pas, dans l'espèce, dit l'arrêt, à se préoccuper de la question secondaire de savoir si, à l'expiration du délai d'une année depuis la dissolution du mariage ou l'événement de la majorité, il y a lieu d'ajouter un délai supplémentaire de quinzaine ; qu'il semble bien qu'il ne puisse jamais y avoir qu'un délai unique celui de l'année, puisqu'il dépassera toujours si notablement, entre la naissance de l'hypothèque et son inscription, cet intervalle de quin-

1. Alger, 23 juin 1879 [S.79.2.201]. Dans l'espèce, la dame Vincent, avait, comme dit l'arrêt, « laissé sommeiller l'hypothèque de sa mère pendant dix années après l'expiration de l'année de la dissolution du mariage et la sienne propre pendant plus d'un an après sa majorité ».

zaine que fait présumer le retard, mais que, dans la cause, l'inscription a eu lieu longtemps après la quinzaine qui a suivi même l'expiration de l'année. »

*
* *

185. — *Privilège du vendeur.* — Nous ne nous arrêtons pas aux systèmes qui se basent pour écarter intégralement l'application de l'article 448, sur ce que le privilège du vendeur se conserve non par une inscription, mais par une transcription. Tout ce qui a été dit de part et d'autre pour l'alinéa 1^{er} de l'article 448 peut être répété pour le deuxième alinéa de cet article.

Nous nous placerons simplement en face du danger que crée pour les créanciers du failli le retard apporté à la publicité du privilège. Un négociant au-dessous de ses affaires achète un immeuble, il en prend livraison ; il apparaît désormais à sa clientèle comme un propriétaire, peut-être même comme un grand propriétaire. Cette richesse apparente n'est qu'une fantasmagorie, car il n'a point payé l'immeuble acheté, et ni lui, ni le vendeur ne se sont souciés d'avertir les tiers de cette situation grâce à laquelle il a bénéficié d'un crédit qu'il ne méritait pas. Il est juste que la masse des créanciers ne soit pas victime d'une inertie qui peut être la conséquence d'une fraude de l'acheteur et d'une négligence impardonnable du vendeur. La déchéance du privilège *pourra* être prononcée s'il s'est écoulé plus de quinze jours

entre la vente (acte constitutif du privilège) et la transcription, au cas où l'ouverture de la période suspecte se placerait entre la vente et la transcription (1).

*
A *

186. — *Privilège du copartageant.* — Les controverses et les solutions sont les mêmes pour le privilège du copartageant. Mais la sévérité du système qui applique l'article 448-2° apparaît plus grande et moins justifiée parce que la vente est un acte volontaire, tandis que le partage peut être forcé (art. 815, C. civ.). On serait resté dans l'indivision avec un commerçant en état de cessation de paiements : la faillite serait déclarée ; le copropriétaire par indivis ne perdrait aucun de ses droits ; l'insolvable latent poursuit le partage ou la licitation, et une déclaration de faillite étant intervenue plusieurs mois, peut-être plusieurs années plus tard, on fait remonter la cessation de paiements à une époque assez éloignée pour se placer entre la licitation ou le partage et l'inscription. Or il se trouve que cette inscription a été prise *seize jours* après l'opération qui a mis fin à l'indivision. Voilà le privilège du copartageant en péril,

1. *Sic.* TROPLONG. *Privilèges*, n° 650 ; MOURLON. *Transcription*, t. II, nos 643 et s. ; MOURLON. *Examen critique*, p. 379 ; BOISTEL p. 637 ; ED. CLERG. *Formulaire du notariat*, t. II, n° 124 ; LYON-CAEN ET RENAULT, t. VII, n° 414 ; Nancy, 6 août 1859 [S., 59.2.594] ; HÉRISSON dans *Revue pratique*, t. X, p. 45 ; *Contra* : PAUL PONT. *Privilèges et hypothèques*, n° 903 ; RUBEN DE COUDER, v° *faillite*, n° 458 ; FLANDIN. *Transcription*, t. II, n° 857.

alors que celui qui pouvait l'invoquer s'était reposé sur le délai de soixante jours que lui accordait l'article 2109 !

187. — Sous prétexte de protéger les créanciers de la masse, on peut aboutir à la spoliation du créancier privilégié. Et, malgré toutes les protestations, tous les efforts faits par les meilleurs esprits pour échapper à un texte impitoyable, la doctrine et la jurisprudence sont obligées de proclamer l'adage *Dura lex sed lex*, en convenant d'ailleurs de l'iniquité et de l'absurdité du résultat, et de se consoler en pensant qu'avant la loi de 1838 c'était encore bien pis puisque l'annulation, qui est devenue facultative en vertu du nouveau texte de l'article 448, était alors obligatoire en vertu de l'ancien article 443 (1).

*
* *

188. — *Privilège du constructeur.* — Si l'on admet la doctrine de l'arrêt de cassation du 12 décembre 1893 qui limite le privilège du constructeur à la plus-value créée par les travaux postérieurs à l'inscription, la disposition du deuxième alinéa de l'article 448 n'a rien à voir avec ce privilège.

On n'a pas à se demander dans quel délai *après* la confection des travaux, il peut être inscrit utilement, s'il doit être inscrit *avant* quoi qu'il arrive.

Ce n'est que dans le système des auteurs qui admet-

1. Voir soit dans l'un, soit dans l'autre sens, les auteurs cités à la note précédente. Addo THALLER, n° 2063.

tent que le privilège du constructeur peut être rendu public (par l'inscription du premier procès-verbal d'expertise) au cours des travaux et après leur achèvement que la question se pose.

Des travaux ont été exécutés pour le compte d'un individu : inscription de privilège a été prise par l'architecte. Cet individu tombe en faillite et l'ouverture de la période suspecte est fixée à une époque qui se place entre l'achèvement des travaux et l'inscription ; que vaut l'inscription ? Elle est bonne si au moment où elle a été prise, il ne s'était pas écoulé plus de quinze jours depuis l'achèvement des travaux. Elle pourrait être annulée dans le cas contraire (1).

*
* *

Autres privilèges dérivant de la création d'une plus-value (Dessèchement des marais. Etablissement de mines, drainage, créance du domanier).

188. — En ce qui concerne le privilège pour le dessèchement des marais, nous admettons avec M. Fabreguettes que, pour que le privilège existe, il faut que la transcription de la concession ou du décret ordonnant le dessèchement au compte de l'Etat ait précédé le commencement des travaux. En conséquence celui qui a fait les travaux avant la période suspecte, ne peut inscrire utilement son privilège après l'ouverture de cette période, puisque son pri-

1. Conf. THALLER, n° 2056 et 2058 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. I, n° 844 et t. II, n° 1597.

vilège, faute de transcription préalable aux travaux, n'a jamais pris naissance (1).

189. — L'inscription du privilège pour frais d'établissement de mines serait également tardive si elle était prise après l'ouverture de la période suspecte ; parce qu'elle doit, elle aussi, être opérée avant le commencement des travaux.

190. — Le privilège pour travaux de drainage, bénéficiant pour s'inscrire d'un délai de deux mois sera considéré comme valablement inscrit même au cours de la période suspecte, si le délai n'est pas expiré, par les auteurs qui admettent la rétroactivité des inscriptions auxquelles la loi a accordé la faculté de ne pas s'inscrire dès qu'ils sont nés : il pourra au contraire être déclaré nul dans le système qui s'en tient strictement à la lettre de l'article 448 et n'admet aucun exception à l'application de ses dispositions.

191. — Enfin le droit du domanier qui a reçu un congément ou qui a fait exponse, étant, comme le privilège du vendeur, une sorte de droit retenu sur la chose, serait traité de la même façon que le privilège du vendeur, et pourrait être annulé s'il s'était écoulé plus de quinze jours entre le 29 septembre, époque de l'entrée en jouissance du foncier et l'inscription du privilège, dans le cas où, le foncier ayant été par la suite déclaré en faillite, l'ouverture de la période suspecte serait reportée à une date intermédiaire entre l'entrée en jouissance du foncier et l'inscription du domanier.

1. FABREGUETTES, *op. et loc. cit.*

*
* *

192. — *Privilèges fiscaux.* — En ce qui concerne les privilèges fiscaux, le privilège pour recouvrement des frais de justice criminelle serait mis en dehors de toute atteinte par sa qualité de privilège général. Il semblerait au contraire, d'après la jurisprudence, que les deux dispositions de l'article 448 du Code de Commerce devraient être appliquées au privilège de la Régie des douanes (1). Enfin le privilège du trésor sur les immeubles acquis à titre onéreux par un comptable de l'Etat depuis son entrée en fonctions pourrait être déclaré inefficace si l'inscription n'avait été prise qu'après l'ouverture de la période suspecte et qu'il se fût écoulé plus de quinze jours entre le commencement de la gestion et l'inscription du privilège.

193. — Il va sans dire que la solution contraire résulterait pour les privilèges du trésor sur les immeubles des comptables et de la Régie des Douanes sur les immeubles des redevables, de la doctrine des auteurs qui attribuent à l'inscription des privilèges dans le délai imparti par la loi un effet rétroactif.

1. Rennes, 1^{re} avril 1812 [précité]; Bruxelles, 18 août 1811 [précité]; Conf. Guillouard, t. II, n° 565.

CHAPITRE III

Essai de généralisation et appréciation critique de la loi.

194. — L'article 448 du Code de commerce a eu une destinée singulière. Cet article proclame que les privilèges et les hypothèques ne peuvent être utilement inscrits que jusqu'à la déclaration de faillite du débiteur. En ce qui concerne les hypothèques proprement dites, on s'est facilement mis d'accord et on s'est incliné devant le texte de l'article.

Mais lorsqu'il s'est agi de faire l'application de ses dispositions aux privilèges immobiliers et, parmi ces derniers, nous n'hésitons pas à comprendre les hypothèques privilégiées de la femme mariée et du pupille, les auteurs mêmes qui affirment la généralité de l'article se sont évertués, chacun de leur côté, à distraire quelque portion de son domaine d'application.

Tous ont déclaré notre article inapplicable à l'hypothèque de la femme mariée et du pupille et la jurisprudence s'est mise du côté des auteurs (1).

1. THALLER, n° 2053 ; LYON-CAEN ET RENAULT, t. VII, n° 209 ; MOURLON, *Transcription*, t. II, 878. PAUL PONT, *Privilèges et hypothèques*, n° 831 ; AUBRY ET RAU, t. III, n° 307 ; RUBEN DE COUDER *vo Faillite*, n° 447 ;

Plusieurs civilistes ont placé en dehors de l'application de l'article 448, le privilège de séparation des patrimoines (1) et M. Ruben de Couder, quoique spécialiste du droit commercial, s'est rallié à leur théorie qui a obtenu l'adhésion constante et presque excessive de la jurisprudence (nous avons fait remarquer en effet qu'un certain nombre d'arrêts dépassait la thèse de la doctrine).

Des écrivains très autorisés refusent d'appliquer l'article 448 à la transcription du privilège du vendeur (2).

D'autres essaient de sauver le privilège du copartageant (3).

Le privilège des architectes et entrepreneurs n'est pas en question puisque son inscription précède la naissance de la créance à laquelle il est attaché et que nous avons établi, dès le commencement de ce chapitre, que l'article 448 ne s'appliquait pas aux privilèges qui naissent après le jugement déclaratif de faillite (4).

DEMANGEAT SUR BRAVARD, t. V, n° 288; LAROQUE-SAYSSINEL, t. I, n° 391 ;
TROPLONG. *Transcription*, n° 317, etc., etc.

1. TROPLONG. *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 651 ; AUBRY ET RAU, t. IV, p. 485 ; PLANIOL, t. II, n° 3037 ; DEMOLOMBR. *Successions*, t. V, n° 198 ; BARAFORT. *Séparation des patrimoines*, nos 162 et 163, etc.

2. PAUL PONT. *Privilèges et hypothèques*, nos 902 et s. ; RUBEN DE COUDER, v° *Faillite*, n° 458 ; GAUTHIER. *Observations au Journal du Palais*, 59, p. 1217.

3. AUBRY ET RAU, 2, 278 ; 5^e édition, p. 596, note 27 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES. *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1594.

4. Conf. THALLER, n° 2054.

Et tout le monde s'accorde à reconnaître que l'article 448 ne concerne pas les privilèges généraux.

195. — Que reste-t-il de l'assertion de l'article 448 d'après laquelle les privilèges, comme les hypothèques, ne peuvent être inscrits utilement après le jugement déclaratif de faillite si cette assertion ne s'applique ni aux privilèges généraux de l'article 2101, ni au privilège du vendeur conservé par la transcription du titre, ni au privilège du copartageant inscrit dans les soixante jours, ni au privilège de séparation des patrimoines inscrit dans les six mois, ni en aucun cas au privilège des architectes et entrepreneurs, ni à l'hypothèque de la femme mariée ou du pupille rendue publique dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle ?

Rien !!

196. — Il est vrai que l'on pourrait faire une récapitulation inverse et en prenant les auteurs qui appliquent la déchéance de l'article 448 à tel ou tel privilège déterminé comme, par exemple, Troplong pour les privilèges du vendeur et du copartageant (1), Colmet de Santerre et plusieurs autres juristes pour la séparation des patrimoines (2), Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et de Loynes pour le privilège des architectes (3), on arriverait à replacer fragmen-

1. TROPLONG. *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 651. Sic. DEMANGEAT SUR BRAVARD, t. V, n° 289, note pour le privilège du copartageant.

2. COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 120 *bis*, VIII ; BRAVARD VEYRIÈRES ET DEMANGEAT, t. V, n° 289.

3. AUBRY ET RAU, t. III, p. 368 § 278 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. I, n° 844 et t. II, n° 1597.

tairement tous les privilèges immobiliers sous l'application de notre article. Il n'y a que l'hypothèque légale du pupille et de la femme mariée qui échapperait — et nous ne voyons pas bien pourquoi — aux rigueurs du texte légal.

197. — C'est de l'incohérence, et il nous paraît indispensable d'établir une théorie générale si l'on ne veut exposer la doctrine sur l'inscription des privilèges après la faillite à être considérée comme « une faillite de la doctrine ».

198. — On peut concevoir deux théories absolues : 1° celle qui attribuerait à l'inscription du privilège effectuée dans les délais impartis par la loi un effet rétroactif de telle sorte que tout privilège dont l'inscription n'est pas tardive serait valablement inscrit même après le jugement déclaratif de faillite ; 2° celle qui consisterait à considérer comme nulle toute inscription de privilège prise après le jugement déclaratif de faillite, quand même elle serait intervenue dans le délai imparté par le législateur.

199. — Au point de vue spéculatif, la première de ces deux théories (nous voulons dire celle qui conclut à l'efficacité de l'inscription) nous paraît incontestablement la meilleure, et, pour la défendre, nous n'avons qu'à généraliser l'argumentation produite par l'unanimité de la doctrine à l'appui de l'efficacité de l'inscription prise par une femme mariée ou un pupille, après la déclaration de faillite du mari ou du tuteur, mais avant l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle,

Nous nous refusons en effet absolument à admettre une différence entre les hypothèques légales temporairement dispensées d'inscription et les privilèges immobiliers qui jouissent pour s'inscrire d'un délai plus ou moins prolongé.

Les privilèges immobiliers (art. 2108, 2109, 2110 et 2111) ne sont pas autre chose que des hypothèques légales et la terminologie du Code est condamnée par les auteurs les plus récents.

Prenons par exemple, M. Planiol :

« Autant, dit-il, la notion du privilège était simple en droit romain, autant elle est incertaine et confuse dans le droit moderne ; on a réuni sous ce nom unique des choses fort diverses ; si bien qu'il est impossible aujourd'hui de donner du privilège une idée qui se tienne et qui ait de l'unité si on ne procède pas par voie d'analyse, si on ne fait pas le triage de cet écheveau embrouillé qui est le produit de multiples transformations (1). »

Et dans l'énumération des hypothèques légales, M. Planiol comprend : « Les privilèges immobiliers... qui sont des hypothèques privilégiées et presque toutes dégénèrent facilement en hypothèques ordinaires. »

Mais si les privilèges immobiliers sont des hypothèques légales, la réciproque est vraie et il faut dire que les hypothèques légales — ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (2) — sont des privilèges immo-

1. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 2543.

2. V. *supra*, n° 46.

biliers, du moins celles qui jouissent d'un délai pour s'inscrire.

N'est-il pas évident que lorsqu'un privilège jouit d'un délai pour s'inscrire, il est, jusqu'à l'expiration de ce délai, dispensé d'inscription ? Il peut s'inscrire mais il n'y est pas obligé ; son inscription, tant qu'il ne dégénère pas, rétroagit au jour de sa naissance.

Et qu'on ne dise pas que les hypothèques légales du mineur et de la femme mariée ne peuvent pas s'inscrire tant que le délai n'est pas expiré. On sait bien au contraire que cette inscription est possible et même recommandée (art. 2136-2138).

La logique conduirait donc à décider que les hypothèques de la femme et du pupille, le privilège du copartageant, le bénéfice de séparation des patrimoines peuvent être inscrits même après le jugement déclaratif de la faillite, si le délai qui leur est imparti soit par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, soit par les articles 2109 et 2111 du Code civil (1) n'est pas expiré et quant *au privilège du vendeur* auquel aucun délai de publicité n'est imposé par l'article 2108, nous avons eu l'occasion de dire plus haut qu'étant donné le double rôle que lui fait jouer la loi de 1855, il a plus de raison que tout autre de n'être pas atteint par la déchéance des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce.

1. C'est le raisonnement que fait M. de Loynes pour le privilège du copartageant. (BAUDRY-LACANTINIERE ET DE LOYNES. *Nantissements. Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1595.) Mais pourquoi M. de Loynes ne généralise-t-il pas complètement son système ?

200. — Ce système, théoriquement parlant, nous semble être certainement le bon.

Mais est-ce celui de la loi ?

C'est malheureusement fort peu probable. L'article 448 du Code de commerce ne fait aucune distinction. Et on l'a répété, comme un refrain monotone, dans toutes les controverses qui se sont élevées au sujet de chaque controverse considérée en particulier.

D'ailleurs si on l'adoptait, il faudrait effacer le mot « privilèges » de l'article 448 du Code de commerce car il ne correspondrait plus à rien et ne pourrait passer que pour une inadvertance du législateur. C'est en vain que des auteurs biens intentionnés ont fait de louables efforts pour sauver quelques privilèges de la rigueur des termes de la loi. Les textes ne s'y prêtent pas. Et l'on est obligé de dire avec M. Boistel, avec MM. Lyon-Caen et Renault, avec M. Thaller, qu'aucun titulaire de privilège ne pourra participer à la faillite autrement qu'en qualité de créancier chirographaire, s'il n'a pas donné à son droit de préférence, avant le jugement déclaratif de faillite, la publicité organisée par le Code.

Et nous irions même plus loin, car nous engloberions dans la rigueur de l'article 448, l'hypothèque légale de la femme mariée et l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix pour l'extinction de laquelle nous n'attendrions pas l'inscription de l'article 490.

201. — Telle est la vérité légale : elle est d'ailleurs déplorable et tous les auteurs qui la proclament n'hé-

sitent pas à critiquer l'imprévoyance du législateur.

« Il y aurait quelque chose de hardi, écrivait Troplong, à dire sur ce texte de l'article 2146, ce serait de soutenir que le législateur est tombé dans la même confusion que dans l'article 2136 où nous l'avons vu accoler ensemble les mots de *privilège* et d'*hypothèque* et appliquer avec une grande légèreté aux privilèges ce qui n'est possible que pour les hypothèques conventionnelles. Ce qu'il a fait dans l'article 2136, pourquoi ne l'aurait-il pas fait dans l'article 2146? Et dans combien d'autres circonstances ne l'avons-nous pas vu se servir de mots qui ont trompé sa pensée et que l'interprétation a dû nécessairement corriger, afin de rentrer dans le vrai? N'a-t-il pas dit, par exemple, dans l'article 2106, que les privilèges ne produisent d'effets qu'à compter de la date de leur inscription? ce qui est un contre-sens si évident qu'il n'est personne aujourd'hui qui considère ces mots comme ayant quelque valeur (1). »

Et un peu plus loin, Troplong constate que l'article 2146 « fait violence par son texte aux doctrines fondées sur la raison » (2).

MM. Lyon-Caen et Renault comprendraient « que l'on dise qu'en écrivant l'article 448 du Code de commerce, le législateur a pu perdre de vue des cas particuliers où des délais étaient accordés à des créanciers privilégiés » (3).

1. TROPLONG, *op. cit.*, n° 650.

2. *Ibid.*, n° 651 (Troplong n'ose d'ailleurs soustraire à l'article que le bénéfice de séparation des patrimoines).

3. LYON-CAEN ET RENAULT, *op. cit.*, t. VII, n° 294.

« L'opinion précédente, dit M. Thaller (il s'agit de l'opinion qui applique à tous les privilèges les rigueurs de l'article 448) quoique conforme à la loi est empreinte de trop de dureté. Elle ne donne pas non plus satisfaction à la logique (1). »

Et dans un autre de ses ouvrages, le même M. Thaller a écrit en termes plus vifs : « les protestations, qu'a soulevées la loi, démontrent que, si elle est ainsi faite, elle révolte la raison (2). »

1. THALLER, *op. cit.*, n° 2060.

2. THALLER. *Faillites en droit comparé*, t. II, n° 144, p. 117.

TITRE III. — Examen du problème au point de vue législatif.

CHAPITRE PREMIER

Droit comparé.

202. — Sans formuler contre notre article 448 des critiques trop sévères, il faut reconnaître que, surtout en ce qui concerne les privilèges, le législateur de 1838 n'a pas calculé la portée des expressions dont il se servait et qu'il a, en atténuant les dispositions de l'article 2146, sans en modifier la terminologie, institué ou maintenu un système qui n'est conforme ni à l'équité ni à la logique.

Les législations européennes contemporaines ne se sont pas heurtées au même écueil ; mais elles n'ont pas eu, étant données leurs dates, grand mérite à l'éviter, car elles trouvaient devant elles une route jalonnée par les travaux de nos auteurs et les décisions de nos tribunaux.

203. — Nous mettons à part, l'Angleterre qui a un système de garantie immobilière tout particulier.

L'hypothèque proprement dite n'y est point connue ; elle y est remplacée par le *mort gage* qui se ramène au fond à une vente à réméré, avec ce tempérament que le débiteur conserve provisoirement son immeuble jusqu'à ce que, par suite du non paiement à l'échéance, le créancier soit mis dans la nécessité de faire valoir sa *security*.

La constitution du *mort gage* comme toutes les aliénations d'immeubles se fait au moyen d'un *deed* scellé (c'est le procédé d'authentification britannique des contrats, l'institution du notariat n'étant point connue en Angleterre) et n'exige aucune formalité de publicité. Nous ne trouvons donc rien en Angleterre qui rappelle notre inscription hypothécaire (1).

204. — Sous cette réserve, nous trouvons partout la publicité à la base de la législation sur les sûretés immobilières.

D'ailleurs les formes de cette publicité varient. En France, en Belgique, en Italie, elle consiste dans une inscription requise au bureau du conservateur.

En Allemagne elle résulte de l'enregistrement sur le livre foncier (*Grundbuch*) du droit hypothécaire par le *Grundbuchrichter* qui est un magistrat qui instruit sur la valeur de l'hypothèque, qui ne la fait enregistrer que *cognita causa* et dont la décision peut être frappée d'appel devant la Cour (2).

1. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 113, à la note, et LEHR, *Éléments de Droit civil anglais*, p. 352-384.

2. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 2696.

Le système autrichien est à peu près identique.

En Norvège, le mode de publicité consiste dans la lecture au tribunal (*thinglessning*) de l'acte qui y donne naissance.

En Suisse, le gage immobilier est constitué par l'inscription au registre foncier (1).

Le système de l'inscription fonctionne aussi en Espagne (2), en Hollande (3), en Roumanie où les inscriptions se font au greffe du tribunal de la situation des biens après examen du titre par le Président du tribunal (4), en Russie où l'inscription ne peut être faite au registre foncier que lorsque le tribunal en a autorisé la passation.

Nous pouvons donc considérer le système de la publicité comme très général.

*
* *

205. — Plusieurs législations ont restitué aux privilèges immobiliers leur caractère et leur nom d'hypothèques légales, supprimant ainsi, en même temps qu'une distinction dépourvue de toute base, un élément de difficultés d'ordre artificiel dont nous avons pu, au cours des discussions précédentes, mesurer toute la gravité.

1. Art. 799 du Code fédéral suisse, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

2. Loi hypothécaire du 8 février 1861, art. 146.

3. Code civil néerlandais, art. 1244.

4. Code roumain, art. 1780-1786.

Cette terminologie rationnelle est adoptée dans le droit italien ; nous la retrouvons dans le Code fédéral suisse où ce nom est donné à la garantie du vendeur impayé d'un immeuble (1), à celle des cohéritiers ou communistes (2), à celle des artisans et entrepreneurs employés à des bâtiments ou autres ouvrages (3).

Ces trois hypothèques, dans le droit fédéral suisse, jouissent, pour s'inscrire, d'un délai de trois mois (4).

*
* *

206. — Examinons maintenant, dans les divers pays que nous venons d'énumérer ou tout au moins dans les principaux d'entre eux, les rapports entre la déclaration de faillite et la publicité imposée aux hypothèques par leurs législations respectives.

207. — « En Allemagne, l'hypothèque n'existe comme droit réel que du moment où le constituant a investi le créancier en justice, suivant la procédure à ce instituée, de la sûreté promise. Jusque-là le créancier n'a à son service qu'une action pour contraindre le débiteur à grever son immeuble de la garantie donnée. Or le jugement déclaratif de faillite, en privant le constituant de l'administration de ses biens, le met désormais dans l'impossibilité d'ac-

1. Code fédéral, art. 837.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. Art. 838 et 839.

complir l'ensaisinement comme toute autre prestation à sa charge et transforme le créancier en un ayant droit chirographaire (1). »

Sous ce régime, bien plus sûrement qu'en droit français, l'arrêt du cours des inscriptions par la déclaration de faillite s'explique par le dessaisissement du failli.

208. — L'article 710 du Code de commerce italien contient une disposition analogue à celle de notre article 448 du Code de commerce mais dont la rédaction plus prudente ne donne pas lieu aux mêmes controverses. Après avoir porté dans l'article 709 des prescriptions très analogues à celles de nos articles 446 et 447, le Code italien, dans l'article 710, dispose que : « Les inscriptions hypothécaires prises
« en vertu d'un titre reconnu valable ne tombent pas
« sous le coup de l'article précédent pourvu qu'elles
« soient antérieures au jugement déclaratif de fail-
« lite. »

209. — En Autriche on exige également, pour l'efficacité de la publicité donnée à l'hypothèque, que cette publicité soit antérieure à la déclaration de faillite.

Mais la législation autrichienne a apporté un tempérament à ce que cette rigueur a d'excessif. Afin que le créancier hypothécaire ne soit pas victime d'une catastrophe commerciale soudaine, on admet que la demande d'enregistrement peut être accueillie, quoi-

1. THALLER. *Faillites en droit comparé*, n° 142, p. 114.

que la faillite vienne à s'ouvrir pendant l'instance.

« On pourrait, dit M. Thaller, vêtir la règle à la française en décidant que le créancier conserverait son hypothèque à la seule condition de déposer le bordereau d'inscription à la conservation, avant le jugement déclaratif (1). »

Le tempérament apporté à la rigueur de la loi serait bien faible, puisque le conservateur des hypothèques, sous peine d'engager sa responsabilité, est tenu d'inscrire l'hypothèque le jour même du dépôt du bordereau.

210. — En Norvège, l'hypothèque n'est valable qu'autant que la lecture à l'audience (dont nous avons parlé plus haut) a précédé l'ouverture de la faillite.

211. — Beaucoup de législations étrangères n'offrent aucune disposition analogue à celle de nos articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce. Et cela se comprend parfaitement. Il ne tombe pas sous le sens qu'un droit valablement acquis puisse être mis en échec par un événement qui échappait aux prévisions du créancier et qui, sous aucun prétexte, ne saurait lui être imputé à faute.

Tout ce que l'on pourrait dire au point de vue de l'équité, c'est qu'il peut paraître juste de ne pas valider une inscription prise trop longtemps après la naissance du droit et dont la publicité n'aurait été retardée que par collusion. Et à ce point de vue la seconde

1. THALLER, *op. cit.*, p. 115.

disposition de l'article 448 est bien plus facile à défendre que la première.

Il est donc fort explicable que de nombreuses législations ne nous aient pas suivis dans la voie tracée par l'article 448-1°.

CHAPITRE II

Projets et vœux de réforme

212. — Puisque notre législation est imparfaite, puisque nos articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce encourent de grands reproches, dont les interprétations de la doctrine et de la jurisprudence ne parviennent pas à les laver, nous en sommes réduits à fonder nos espérances sur une réforme de la loi.

213. — M. Darlan, alors qu'il était ministre de la Justice, a déposé, le 27 octobre 1896, sur le bureau du Sénat, un projet de *réforme hypothécaire*, auquel on ne penserait guère si l'on n'en trouvait de temps en temps la mention dans les ouvrages contemporains sur le droit civil.

Quelques-unes des dispositions de ce projet touchent de près ou de loin à notre matière : ainsi nous voyons dans l'exposé des motifs que l'auteur du projet « fait disparaître le caractère occulte, que le privilège du vendeur possède encore, au point de vue du rang hypothécaire ». Mais, dans les articles 1 à 5 du projet qui concernent la transcription, nous ne voyons pas que la transcription soit enfermée dans un délai.

Cependant l'article 15 du projet dispose : « que le privilège (du vendeur), inscrit dans les trente jours de l'acte, emporte préférence sur toute inscription prise du chef du nouveau propriétaire » ce dont on pourrait conclure que l'inscription prise dans les trente jours du contrat, conserverait le privilège du vendeur quoi qu'il arrivât, c'est-à-dire malgré la faillite de l'acquéreur ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Le même article du projet semble se montrer soucieux de souder plus complètement l'action résolutoire au privilège du vendeur, mais dans des termes tels que la question ne se poserait qu'après la péremption de l'inscription, tandis qu'il conviendrait de donner à la réforme une portée plus étendue et de bien souligner cette solidarité complète du privilège et de l'action résolutoire qui ne permet pas à cette dernière de survivre à l'extinction de la sûreté qu'elle complète.

Le privilège du constructeur serait aboli (art. 13 *in fine*) ce qui ferait disparaître naturellement toutes les controverses qui le concernent.

Mais l'article le plus important du projet est l'article 14 qui, revenant au système de la loi du 11 brumaire an VII, supprime toutes les dispenses d'inscription, comme tous les délais et ne donne rang aux hypothèques ou aux privilèges immobiliers qu'à partir de la date à laquelle ils ont été inscrits (nouvel article 2106).

Cette disposition simplifierait beaucoup la matière

à laquelle nous avons consacré cette étude. Elle la simplifierait peut-être trop, en ce sens que, supprimant en réalité toutes les hypothèques privilégiées, — et les supprimant peut-être trop vite, elle pourrait compromettre des droits qui ne doivent pas être sacrifiés.

Avec l'article 14 du projet Darlan, il est en effet facile d'apercevoir qu'aucune hypothèque ne survivrait à une déclaration de faillite du débiteur.

214. — Le projet de M. Darlan ne contient aucune allusion directe ou indirecte à l'article 2146. Si intéressant qu'il puisse être, il amorce les questions plutôt qu'il ne les résout. Fait de têtes de chapitres, s'il était voté sans additions, il provoquerait sans doute plus de controverses qu'il n'en éteindrait. Aussi attachons-nous, au moins quant à présent, beaucoup plus d'importance aux vœux de réforme que M. Thaller a émis dans son étude sur *les faillites en droit comparé*.

Nous rapprocherons du reste les *desiderata* de M. Thaller des articles du projet Darlan qui lui donnent plus ou moins complètement satisfaction.

215. — I. M. Thaller s'élève contre la distinction faite par le Code — distinction aujourd'hui condamnée par la doctrine — entre les hypothèques légales et les privilèges immobiliers : la loi française, dit-il, en substance, a eu tort de répartir les garanties immobilières en hypothèques et privilèges : elle aurait dû qualifier indifféremment d'hypothèques, ainsi qu'on l'a fait en Italie, les sûretés données au vendeur, au copartageant, etc... aussi bien que celles qui protè-

gent les droits de la femme mariée ou du pupille.

246. — Le projet Darlan remplace l'hypothèque légale, générale et provisoirement dispensée d'inscription de la femme, par une hypothèque conventionnelle dont le montant, pour la dot et les conventions matrimoniales, est déterminé par le contrat de mariage. Cette hypothèque n'est pas générale et ne s'applique qu'aux immeubles désignés dans le contrat : à défaut de cette désignation, elle porte sur tous les immeubles présents du mari (art. 19).

Elle n'est pas dispensée d'inscription mais il peut être sursis à l'inscription.

De plus, toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage sera prise par le mari ou par la femme elle-même sans aucune autorisation sur des immeubles et pour des sommes déterminées. Cette inscription peut être requise, avec l'autorisation du Président du tribunal du domicile du mari, par certains proches parents ou alliés de la femme désignés en l'article 20 du projet.

Ce système très compliqué, insuffisamment protecteur, aurait, dans le cas de faillite du mari, c'est-à-dire dans le cas qui nous préoccupe, les pires résultats. Qu'une hypothèque soit dispensée d'inscription et elle n'aura rien à craindre des rigueurs de l'article 448 du Code de commerce. Qu'elle soit astreinte à l'inscription, elle subira la forclusion résultant du jugement déclaratif de faillite, — mais au moins on saura à quoi s'en tenir — tandis que l'on peut deviner les controverses que ferait surgir en cas de faillite

du mari, une hypothèque qui *doit* être inscrite, mais à l'inscription de laquelle il *peut* être sursis — et au cours du mariage, des hypothèques que le mari, la femme, des parents ou alliés de la femme feront inscrire si c'est nécessaire (1).

Nous ne craignons pas de dire que ce régime incertain serait, plutôt qu'un progrès, un recul sur le système de la loi de 1855.

217. — II. La plupart des privilèges, d'après M. Thaller, naissent d'un contrat d'acquisition qui fait entrer un immeuble dans les biens du débiteur en même temps qu'il engendre une obligation à sa charge.

Cela saute aux yeux pour le privilège du vendeur; mais cela est vrai aussi pour le copartageant et pour le constructeur.

Le privilège du vendeur est conservé par la transcription, il pourrait en être de même (bien que M. Thaller ne le dise pas) du privilège du copartageant.

Donnons ici la parole à M. Thaller, car nous considérons que c'est le point le plus important de la réforme qu'il suggère : « Les privilèges résultant d'une aliénation et garantissant la créance de l'aliénateur — privilèges, qui prendraient comme en Italie la qualification d'*hypothèques légales* — se conserveraient tous par la transcription. La règle de notre article 2108 serait non pas abolie mais généralisée, étendue aux

1. V. projet Darlan, art. 19 et 20.

privilèges du copartageant, du coéchangiste avec soulte, du donateur avec charges, si on se décidait à octroyer à ces derniers un droit de préférence sur les immeubles par eux transmis. Ainsi dispose la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1831 (art. 30 et s.). »

« L'inscription est prise par le conservateur, mais le privilège valait sans elle. Rien n'est plus juste : *les créanciers de l'acquéreur se sont assurés d'abord de la transmission de la propriété et la transcription les a prévenus de la charge pesant sur l'immeuble* (1). »

Et se plaçant spécialement au point de vue qui nous préoccupe, M. Thaller poursuit en ces termes :

« Puis, acquisition et privilège marchant de pair, la situation changerait, mais en théorie seulement, suivant que la transcription aurait eu lieu avant ou après la mise en faillite de l'acquéreur. Au premier cas, vendeur, copartageant, etc., conserveraient dans la faillite privilège, action résolutoire, l'ensemble des garanties que la loi leur confère. Dans la seconde alternative, l'immeuble ne ferait point partie de la masse partageable ; il serait présumé n'être pas sorti des mains de l'aliénateur qui le revendiquerait comme sa chose ; c'est en effet par la transcription que toute mutation foncière doit s'opérer au regard des tiers, et la masse des créanciers de l'acquéreur constitue à n'en pas douter un tiers (2). »

218. — Ce système si logique et si lucide élimine les trois questions les plus difficiles : 1^o Questions du

1. THALLER, *op. cit.*, p. 119.

2. THALLER, *op. et loc. cit.* ; conf. LAURENT, principes, t. XXX, n^o 80.

privilège du vendeur ; 2° Question de l'action résolutoire ; 3° Question du privilège du copartageant.

Il pourrait s'appliquer aussi au privilège du constructeur ; mais pour ce dernier, il faudrait laisser au constructeur le soin de donner la publicité à son hypothèque sur la plus-value, parce que le propriétaire de l'immeuble amélioré n'a aucun intérêt à le faire. La question disparaîtrait, si, comme le demande le projet Darlan, le privilège du constructeur était supprimé ; elle n'existe pas si, comme nous le pensons, l'inscription du premier procès-verbal d'expertise doit, pour être efficace, précéder le commencement des travaux.

219. — Il ne resterait plus que la séparation des patrimoines, facile à éliminer si l'on considère qu'au regard des créanciers de l'héritier, elle ne constitue qu'un *bénéfice* qui assure la préférence aux créanciers et légataires de la succession sur les créanciers personnels de l'héritier.

On pourrait d'ailleurs la viser par une disposition spéciale.

220. — Il n'y aurait besoin pour arriver à ce résultat désirable ni de la réfection du Code promise à nos petits-enfants, ni même de la réforme générale du régime hypothécaire trop importante pour n'être pas lointaine. La correction de quelques articles du Code civil et la suppression du mot « privilèges » dans l'article 448 du Code de commerce mettrait les choses au point.

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DE L'ACCEPTATION BÉNÉFICIAIRE SUR LES INSCRIPTIONS

TITRE I. — Exposition et appréciation critique du principe

221. — Le second événement prévu par l'article 2146 du Code civil comme arrêtant le cours des inscriptions hypothécaires est le décès du débiteur, suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Après avoir dit que les inscriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls (période suspecte) l'article 2146 ajoute : « Il en est de même entre les créanciers
« d'une succession, si l'inscription n'a été faite par
« l'un d'eux que depuis l'ouverture et dans le cas où
« la succession n'est acceptée que par le bénéfice
« d'inventaire. »

222. — On s'est demandé pourquoi la circonstance que le débiteur est mort et que sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire empêche les cré-

anciers de s'inscrire. La réponse est connue : le législateur a pensé que le défunt était mort insolvable : c'est en effet la première pensée qui vient à l'esprit toutes les fois qu'une succession n'est pas acceptée purement et simplement ; la défiance des héritiers fait présumer une succession obérée, une sorte de faillite civile, et les termes de l'article 2146 du Code civil qui rapprochent les deux faits de la faillite et de l'acceptation bénéficiaire, pour leur faire produire les mêmes conséquences, prouve bien l'assimilation qui s'est faite dans l'esprit du législateur entre deux événements qui pourraient l'un comme l'autre, mettre en péril l'égalité des droits des créanciers.

« Voici, dit M. Planiol, quel est le danger que le législateur a voulu prévenir : au premier bruit de cette mort et de la façon dont la succession a été acceptée, les créanciers les plus voisins ou les mieux informés s'empresseraient de s'inscrire au détriment des autres. Afin de ménager la situation de tous, on arrête le cours des inscriptions et on liquide le patrimoine du défunt dans la situation où il se trouvait au moment de sa mort (1). »

Lebrun donnait déjà ce motif « que l'état des affaires du défunt est réglé par sa mort et que dès ce moment ses dettes ne peuvent ni augmenter ni diminuer (2) » — explication inexacte, car le fait pour un créancier de se procurer une garantie hypothécaire

1. PLANIOL, t. II, n°. 3023.

2. LEBRUN. *Successions*, liv. 4, ch. 2, sect. 1, n° 16.

n'augmente ni ne diminue le passif de son débiteur — mais que l'on pourrait rectifier en disant : qu'après le décès du débiteur les droits *relatifs* de ses créanciers ne peuvent plus augmenter ni diminuer — explication surannée car les hypothèques étant occultes au temps de Lebrun, ce jurisconsulte ne pouvait appliquer qu'à la constitution même de l'hypothèque ce qui aujourd'hui est applicable à son inscription, — et il est évident que le *de cujus* ne pouvait pas conférer après sa mort une sûreté quelconque à un de ses créanciers, tandis que le décès du débiteur ne crée aucune impossibilité matérielle de l'inscription puisque l'inscription est uniquement l'œuvre du créancier.

223. — La raison d'être du dernier alinéa de l'article 2146 réside dans une lacune de notre législation, lacune qui est déjà comblée dans quelques pays (1) et qui est appelée à disparaître partout : nous voulons parler de l'état inorganique dans lequel on a laissé jusqu'ici la déconfiture des non commerçants. La liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire est « une sorte de faillite civile », une faillite posthume à laquelle on a jugé nécessaire de donner une organisation.

Mais on se demande pourquoi nos lois n'ont pas organisé la déconfiture des vivants et pourquoi le « privilège de la faillite » est réservé aux seuls commerçants. Pourquoi n'a-t-on pas donné des formes régulières et des effets déterminés à la situation d'un

1. La Hongrie par exemple.

non commerçant qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses obligations ?

« Il est fortement à souhaiter, déclare M. Thaller, que toute différence cesse entre la faillite commerciale et les liquidations civiles... il faut unifier les deux droits (1) ».

M. Valette avait déjà proposé l'institution d'une « faillite civile ». La faillite civile est consacrée par diverses législations étrangères et elle ne présente que des avantages tant pour le débiteur que pour les créanciers. Cela mettrait fin à la contradiction choquante qui fait que la déconfiture du débiteur, si elle était survenue de son vivant, n'aurait pas arrêté le cours des inscriptions tandis qu'elle produit cet effet après sa mort (2) !

Pas d'organisation de la déconfiture du vivant du débiteur : une organisation imparfaite après son décès. Rien ne peut justifier cette inégalité.

Le Code, en empruntant au droit romain et à notre ancien droit qui avait hérité du droit romain, l'organisation de la liquidation des successions présumées en déconfiture, n'a accompli que la moitié de l'œuvre qui s'imposait au législateur. C'est à la partie accomplie de cette œuvre que se rattache la disposition finale de l'article 2146.

224. — On a proposé une autre explication de l'article 2146 évidemment empruntée aux idées de Lebrun

1. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 122

2. PLANIOL, *op. cit.*, n° 3024.

que nous avons citées plus haut. L'inscription a un *effet confirmatif*, qui fait naître le droit de préférence d'une façon effective. Or cette confirmation n'est plus possible après l'acceptation bénéficiaire, parce que l'héritier ne pourrait plus à ce moment, conférer de nouvelles hypothèque sans perdre sa qualité (1).

Comme nous l'avons fait remarquer tout à l'heure, c'est établir une corrélation inexacte entre la possibilité de constituer l'hypothèque et la possibilité de l'inscrire : « l'inscription étant indépendante du consentement du débiteur, peu importe la capacité ou le pouvoir de l'héritier quand l'hypothèque a été acquise du chef du défunt (2). »

225. — Il y a, du reste, deux cas dans lesquels l'explication qui vient d'être donnée est en défaut, et, s'ils n'ont pas été réservés par les rédacteurs du Code, c'est par suite d'une évidente inadvertance.

Lorsqu'une succession est échue à un mineur, elle ne peut, fût-elle opulente, être acceptée que sous bénéfice d'inventaire (art. 461). Lorsqu'un héritier est mort sans avoir eu le temps d'accepter ou de répudier une succession qui lui était échue et que ses propres héritiers ne peuvent se mettre d'accord sur le parti à prendre au regard de cette succession, elle est acceptée, bon gré mal gré, sous bénéfice d'inventaire par les héritiers en désaccord (art. 782), ce qui ne prouve pas le moins du monde que la succession

1. DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 119 bis, I ; Conf. TROPLONG. *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 657 ter.

2. PLANIOL, *op. cit.*, n° 3025.

soit insolvable, mais se produit généralement lorsqu'un des héritiers de l'héritier est exposé par son acceptation à rapporter un avancement d'hoirie supérieur à l'émolument qu'il retirera du patrimoine héréditaire.

Dans ces deux hypothèses, la disposition de l'article 2146 n'a plus aucune raison d'être ; elle ne présente plus que les inconvénients qui seront signalés un peu plus loin et l'on ferait de vains efforts pour la justifier. Aussi quelques auteurs ont-ils essayé de déclarer l'article 2146 inapplicable soit à la première soit à la seconde des hypothèses indiquées.

226. — Grenier, notamment, a enseigné que l'article 2146 ne s'appliquait pas au cas où l'acceptation bénéficiaire était imposée par la minorité de l'héritier (1). Mais ce système a été repoussé par la doctrine et la jurisprudence (2).

227. — Il ne semble pas que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire résultant de l'application de l'article 782 ait soulevé en fait les mêmes difficultés, bien qu'elle appelle les mêmes objections. L'absence de toute réserve dans le texte de l'article 2146 qui est conçu en termes absolus ne permet de faire aucune distinction (3).

1. GRENIER. *Traité des hypothèques*, t. II, n° 122.

2. DURANTON, t. XX, n° 82 ; BAUDRY-LACANTINIERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1572 et 1577 ; PERSIL. Sur l'article 2146, n° 13 ; TROPLONG, t. III, n° 659 ; PAUL PONT, t. II, n° 917 ; PLANIOL, t. II, n° 3024 ; Toulouse, 2 mars 1826 [D. 26.2.186] ; Bordeaux, 24 juin 1826 [D. 26.2.221].

3. PLANIOL, *op. et loc. cit.* ; BAUDRY-LACANTINIERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1572.

228. — Il n'est pas difficile d'apercevoir les inconvénients du système consacré par l'article 2146 : un créancier dont l'hypothèque est récemment constituée peut être surpris par la mort de son débiteur sans qu'il y ait aucune faute, aucune négligence à lui reprocher. De plus si une inscription est prise après le décès du débiteur, l'article 2146 en remet le sort à la discrétion de l'héritier dont l'acceptation bénéficiaire peut la faire tomber.

229. — C'est bien pis lorsque l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est la conséquence de la minorité ! Primus a consenti un prêt à Secundus, il a voulu faire un placement hypothécaire, peut-être même était-il tenu de faire un placement hypothécaire, par suite, par exemple, d'une obligation de emploi ; le lendemain du contrat Secundus meurt et laisse pour héritier un enfant mineur. Voilà l'hypothèque anéantie.

230. — Que craint-on, a-t-on dit pour justifier la disposition de l'article 2146 ? Si la succession est insolvable la disposition intervient tout à fait à propos ; si la succession est bonne, tout le monde sera payé et alors il importe bien peu au créancier que son inscription soit nulle !

C'est là un raisonnement spécieux. Le créancier ne voulait prêter que contre les garanties qu'il stipulait. C'est méconnaître la loi du contrat que de faire tomber ces garanties.

231. — La disposition de l'article 2146-2° était repoussée dans les projets préparés, sous la seconde République, en vue de la réforme hypothécaire. Il n'en

est pas question dans le projet Darlan qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer au titre précédent, ne vise ni directement ni indirectement l'article 2146. Mais la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 l'a supprimée en donnant aux créanciers pour s'inscrire après le décès de leur débiteur un délai qu'elle a fixé à trois mois.

L'acceptation bénéficiaire intervenue dans le délai n'empêcherait pas l'inscription d'être valablement prise.

TITRE II — Cas d'application de l'article 2146-2°

232. — L'article 2146-2° vise le cas où le décès du débiteur est suivi d'une acceptation bénéficiaire de sa succession. Serait-il applicable : 1° en cas de renonciation de l'héritier ou des héritiers ; 2° en cas de vacance de la succession.

233. — A. *Renonciation de l'héritier*. — D'après M. Planiol tant que la succession n'est pas devenue vacante par l'effet de renonciations successives, l'article 2146-2° reste inapplicable. La renonciation, en effet, peut être due à des causes autres que l'insolvabilité de l'hérédité : « par exemple du désir d'avantager des parents plus éloignés en leur permettant de recueillir la succession. Du reste une acceptation est toujours possible ; elle peut se faire d'un jour à l'autre même de la part de ceux qui ont déjà renoncé (art. 790). Il faut donc que cette acceptation se produise pour savoir quel sera le régime de la succession, si elle sera pure et simple ou bénéficiaire (1) ».

234. — B. *Successions vacantes*. — Mais que faudrait-il décider si la succession était vacante, c'est-à-dire si personne ne se présentait pour réclamer la

1. Planiol, *op. cit.*, n° 3032.

succession, pas même l'Etat, ou s'il n'existe pas d'héritier connu, ou, ce qui revient au même, si les héritiers connus y ont renoncé (1) ?

L'applicabilité de l'article 2146-2^o aux successions vacantes a été admise par un arrêt de la Cour d'Orléans du 26 août 1869 (2).

« Attendu, dit l'arrêt, que les dispositions de l'article 2146, dont le but est d'établir une situation égale entre les créanciers d'un failli ou d'une succession bénéficiaire, reposent, quant à cette dernière, sur la présomption d'insolvabilité pesant sur elle, et créent un état comparable, à certains égards, à celui d'une faillite ; qu'il y a lieu d'appliquer également et pour le même motif, cette présomption défavorable à la succession restée vacante par suite de la répudiation de l'unique héritier appelé à la recueillir et qui a cru devoir s'en exonérer.

« Que c'est donc avec raison que la doctrine a fait rentrer dans le cas du paragraphe 2 de l'article 2146 du Code Napoléon, la vacance d'une succession par l'effet de la renonciation de l'héritier et soumis à la même déchéance l'hypothèque prise depuis son ouverture (3). »

235. — La doctrine se prononce très généralement

1. Nous rappelons que dans la pratique on considère la succession comme vacante dès que les héritiers du premier degré y ont renoncé. *Contra*, Aubry et Rau, t. VI, § 641, note 3.

2. Orléans, 26 août 1869 [S., 70.2.113].

3. Dans le même sens, Paris 24 juin 1862 [S. 63.2.37].

dans ce sens ainsi que le constate l'arrêt cité (1). Il y a cependant quelques dissidences (2).

Il n'est pas inutile de faire remarquer que la notion admise par les arrêts et la plupart des auteurs de la succession vacante restreint singulièrement la portée de ce qui a été dit plus haut au sujet de la renonciation de l'héritier. Que sert de décider que la renonciation de l'héritier ne donne pas lieu à l'application de l'article 2146-2 si cet article est applicable à la succession vacante et, si la succession est réputée vacante dès que l'héritier du premier degré l'a répudiée ?

236. — Mais que faut-il décider lorsqu'il y a plusieurs héritiers et que les uns acceptent purement et simplement et les autres sous bénéfice d'inventaire ? Que vaudra, dans cette hypothèse, l'inscription prise sur les immeubles de la succession ? C'est une des questions les plus épineuses de notre matière : elle n'a pas donné lieu à moins de trois systèmes.

237. — PREMIER SYSTÈME. — *Le cours des inscriptions est arrêté à l'égard de tous les héritiers dès l'instant qu'un seul d'entre eux accepte sous bénéfice d'inventaire.* — Ce système est fondé sur une théorie

1. MERLIN. *Questions*, v^o *Successions vacantes*, § 1 ; TARRIBLE. *Répertoire de Merlin*, v^o *Inscription hypothécaire*, § 4, n^o 5. DURANTON, t. XX, n^o 83 ; TROPLONG, t. III, n^o 659 *ter* ; FLANDIN. *Transcription*, n^o 1183 ; PAUL PONT, t. II, n^o 916 ; AUBRY ET RAU, t. III, p. 335, § 272 ; PLANIOL, t. II, n^o 3031.

2. MOURLON. *Transcription*, t. II, n^o 660 ; GUYARD. *Revue critique*, t. XXXVI, p. 396 et s.

d'après laquelle l'acceptation bénéficiaire entraîne une séparation des patrimoines, qui se produit d'une façon indivisible pour tous les héritiers.

Cette théorie a eu son heure de faveur puisque, dans leur quatrième édition, Aubry et Rau qui ne l'acceptent pas, la présentent encore comme l'opinion commune (1).

238. — DEUXIÈME SYSTÈME. — *Il y a lieu de distinguer suivant les époques.* — Lorsque la succession a été acceptée purement et simplement par quelques-uns des héritiers et sous bénéfice d'inventaire par les autres, le sort des inscriptions prises sur les immeubles héréditaires, reste en suspens pendant la durée de l'indivision. Si les immeubles sont partagés en nature, les inscriptions produiront leur effet quant à ceux qui tomberont aux lots des héritiers purs et simples, elles seront nulles quant aux lots attribués aux héritiers bénéficiaires.

C'est l'application de l'effet déclaratif de l'article 883. Les héritiers bénéficiaires étant réputés avoir, depuis le décès du *de cujus* toujours été propriétaires des immeubles dont ils sont attributaires, les inscriptions grevant ces immeubles tombent sous l'application de l'article 2146-2° — et, pour la même raison, les inscriptions qui grèvent les immeubles mis aux lots des héritiers purs et simples conservent toute leur valeur.

Si les immeubles sont vendus en commun par les héritiers ou sur les poursuites des créanciers, les ins-

1. AUBRY ET RAU, t. 3, p. 335, § 272, note 36.

criptions demeurent destituées de toute efficacité (1).

239. — TROISIÈME SYSTÈME. — *La distinction s'établit dès le début d'après la qualité des héritiers.* — M. Planiol, qui ne donne pas du reste son opinion personnelle, expose ce système en ces termes : « L'article 2146 est un texte exceptionnel qui n'arrête le cours des inscriptions qu'à l'égard des héritiers bénéficiaires. Il n'y a aucune raison de solidariser les héritiers même pendant l'indivision, l'hypothèque pouvant parfaitement prendre naissance d'une manière valable sur une part indivise (2) ».

En quoi ce système diffère-t-il du précédent ? S'il y a partage en nature, ses résultats seront les mêmes. Par application de l'article 883, l'inscription prise sur les immeubles qui tomberont aux lots des héritiers purs et simples sera valable. Sera au contraire nulle l'inscription prise sur les immeubles dont les héritiers bénéficiaires seront attributaires. Mais si, pendant l'indivision, les immeubles étaient vendus à la requête des créanciers ou s'ils étaient adjugés sur licitation à des étrangers, les créanciers hypothécaires seraient colloqués dans l'ordre ouvert sur la part du prix revenant aux héritiers purs et simples, mais non sur la part revenant aux héritiers bénéficiaires qui lerait distribuée au marc le franc. — En d'autres termes, sa part du prix revenant aux héritiers purs et simples ferait l'objet d'un ordre, la part revenant aux héritiers bénéficiaires d'une distribution par contribution,

1. AUBRY ET RAU, t. III, p. 335.

2. PLANIOL, t. II, n° 3030, *in fine*.

— tandis que dans le système précédent, la totalité du prix des immeubles vendus pendant l'indivision serait distribuée par contribution.

*
* *

240. — En fait l'inscription sera souvent prise, parce que les héritiers, usant du délai d'option que la loi leur accorde, ne feront connaître qu'au bout d'un certain temps le parti auquel ils s'arrêtent. Seulement l'acceptation bénéficiaire, lorsqu'elle se produira, aura un effet rétroactif et fera tomber l'inscription (1).

241. — Le dernier mot sera-t-il dit ? la situation définitivement fixée ? Non, car l'héritier qui a accepté bénéficiairement peut renoncer au bénéfice d'inventaire ou s'en trouver déchu. Il sera censé, dans ce cas n'avoir jamais cessé d'être héritier pur et simple et l'article 2146 deviendra inapplicable.

Telle est du moins l'opinion dominante en doctrine, mais il y a sur ce point un grave dissentiment entre la doctrine et la jurisprudence, au moins la jurisprudence la plus récente.

242. — A. — SYSTÈME DE LA DOCTRINE. — Les inscriptions deviennent efficaces lorsque l'héritier est déclaré héritier pur et simple, par suite soit de l'annulation

1. MERLIN. *Questions*, v. *succession vacante*, § 1^{er}; GRENIER. *Privilèges et hypothèques*, t. I, p. 120-128; TROPLONG, t. III, 658 *ter*.; PAUL PONT, t. II, n° 918; AUBRY ET RAU, t. III, p. 334 et 334, § 272; BAUDRY-LACANTINIERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1516; PLANIOL, t. II, n° 3026.

de son acceptation sous bénéfice d'inventaire, soit de la déchéance qu'il aurait ultérieurement encourue (1).

« Du moment, dit-on, qu'il n'y a plus d'héritier bénéficiaire, mais un héritier pur et simple qui est réputé l'avoir été du jour de l'ouverture de la succession, il n'y a plus lieu à l'application de l'article 2146-2°, parce qu'il est censé ne pas y avoir eu de succession bénéficiaire (2). » (Il faut bien reconnaître que c'est là une affirmation plus qu'un argument et que la question est résolue par la question.)

Cela revient à dire, comme le fait observer M. Wahl (3) « que, la déchéance du bénéfice d'inventaire ayant un effet rétroactif, la situation est la même que si, dès l'origine, l'acceptation avait été faite purement et simplement ; et en cas d'acceptation pure et simple, l'article 2146 du Code civil ne s'applique évidemment pas ».

Or ce qu'il s'agit de savoir c'est précisément si la déchéance du bénéfice d'inventaire a cet effet rétroactif et si elle produit les mêmes effets qu'une annulation de l'acceptation bénéficiaire.

Ce que l'on pourrait dire c'est que l'esprit de la loi semble contraire à l'admission de périodes successives qui se partageraient la situation de l'héritier ; la rétroactivité en cette matière semble être de prin-

1. AUBRY ET RAU, t. III, p. 334 et 335, texte.

2. Motifs de l'arrêt de Caen du 16 juillet 1834; *sic* COLMET DE SAN-TERRE, t. IX, n° 119 *bis*-3 ; DEMOLOMBE, *successions*, t. III, n° 397.

3. WAHL, note sous Grenoble 26 décembre 1891 [S., 93.2.33].

cipe général et constituer le fondement même de notre droit successoral.

L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785).

L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777).

Et tout le monde est d'accord sur ce point que l'héritier appelé à recueillir une succession ne peut pas prendre un parti *ex die*. D'où il suit que l'acceptation de l'héritier ne peut pas, quel que soit l'événement dont elle résulte, revêtir deux caractères successifs et contradictoires (1).

243. — B. — JURISPRUDENCE. — Les principes qui viennent d'être exposés avaient été consacrés par un arrêt de la Cour de Caen du 16 juillet 1834 (2). Ils étaient, ainsi qu'il vient d'être dit, courants en doctrine, lorsqu'en 1891, un arrêt de la Cour de Grenoble, précisément à propos de l'article 2146-2° vint les mettre en question (3).

D'après cet arrêt : « 1° : La déchéance du bénéfice d'inventaire ne porte aucune atteinte à la séparation des patrimoines résultant de l'acceptation bénéficiaire.

« 2° L'article 2146 du Code civil, d'après lequel les inscriptions prises par les créanciers de la succession depuis l'ouverture de la succession sont nulles

1. Conf. DALLOZ, *suppl.* V. *Privilèges et hypothèques*, n° 974 ; PLANIOL, t. II, n° 3029.

2. Caen, 16 juillet 1834 [S., 35, 2, 559].

3. Grenoble, 26 décembre 1891 [précité].

en cas d'acceptation bénéficiaire, continue à produire ses effets après la déchéance du bénéfice d'inventaire, en ce qui concerne les inscriptions prises avant cette déchéance.

L'arrêt amorce sans les résoudre explicitement deux autres questions : l'une qui domine la matière et que nous avons à examiner dès à présent : « La déchéance du bénéfice d'inventaire efface-t-elle rétroactivement ce bénéfice? » — L'autre qui est distincte de la première et que nous examinerons chemin faisant : « L'article 2146 du Code civil continue-t-il à produire ses effets, en ce qui concerne les inscriptions prises depuis l'ouverture de la succession, au cas où l'acceptation bénéficiaire est annulée et remplacée par l'acceptation pure et simple ou la renonciation ? »

244. — L'arrêt de Grenoble a mis en lumière la connexité (1) de notre question avec un autre problème : le problème des effets de l'acceptation bénéficiaire au regard de la masse des créanciers de la succession.

L'acceptation pure et simple produit la confusion du patrimoine de la succession avec celui de l'héritier : les deux patrimoines peuvent être maintenus à l'état distinct, au profit de l'héritier par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, au profit des créanciers de la succession par l'exercice du bénéfice de séparation des patrimoines. La question est de savoir, si

1. Connexité possible mais non connexité certaine.

par une espèce de « coup double » l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'opérerait pas la séparation des patrimoines tant au profit des créanciers de la succession qu'au profit de l'héritier, de telle sorte que la déchéance de l'héritier du bénéfice d'inventaire ne la ferait pas cesser au préjudice de la *masse* de la succession (1).

245. — Cette question très connue, mais que l'on n'avait pas songé à rapprocher des dispositions de l'article 2146-2° a divisé les tribunaux et les auteurs.

La jurisprudence semble admettre l'affirmative et, d'après ses décisions, la séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession, conséquence de l'acceptation bénéficiaire, survivrait à la déchéance du bénéfice d'inventaire (2).

Un certain nombre d'auteurs se sont prononcés dans le même sens (3) :

« L'acceptation bénéficiaire emportant avec elle

1. La conséquence serait — et c'est précisément le rapprochement qui est fait dans l'arrêt de Grenoble — que l'effet produit par l'article 2146 au profit de la masse, survivrait à la déchéance de l'héritier du bénéfice d'inventaire. Nous nous réservons de le dire plus loin, mais nous tenons à ce que dès à présent, nos lecteurs ne le perdent pas de vue.

2. *Sic.* Cass., 11 janvier 1882 [S. 84.1.217] ; 10 décembre 1839 [S. 40.1.92] ; 29 juin 1853 [S. 53.1.721] ; Nîmes, 21 juillet 1852 [S. 53.2.701] ; Cass., 8 juin 1863 [S. 63.1.279] ; Paris, 4 mai 1835 [S. 35.2.257] ; Grenoble, 26 décembre 1891 [S. 93.2.33].

3. FOUET DE CONFLANS. *Esprit de la jurisprudence des Successions* sur l'article 878, n° 10 ; AUBRY ET RAU, t. VI, p. 506, § 619 ; BELOST JOLMONT sur CHABOT. *Successions*, article 878, observation 6 ; BLONDEAU. *Séparation des patrimoines*, p. 507 et 508.

séparation des patrimoines et conservation du droit de préférence qui s'y trouve attaché ; il en résulte, disent Aubry et Rau, pour les créanciers du défunt, un droit acquis dont ils ne peuvent être privés par le fait de l'héritier bénéficiaire. Cela est d'autant plus évident que la renonciation expresse ou tacite de l'héritier à son acceptation bénéficiaire, peut rester inconnue des créanciers héréditaires et que, dans le cas où il encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire par suite d'actes de dispositions faits sans l'observation des formalités prescrites par la loi, les créanciers sont seuls admis à invoquer cette déchéance (1) ».

Aubry et Rau distinguent d'ailleurs le cas de déchéance de l'héritier bénéficiaire de celui où cet héritier est évincé de la succession par un héritier plus proche qui accepte purement et simplement, ils restreignent leur théorie à l'hypothèse de l'héritier déchu du bénéfice d'inventaire et refusent de l'appliquer à l'hypothèse de l'héritier évincé. La séparation des patrimoines, d'après eux, survivrait à la déchéance de l'héritier bénéficiaire, mais non à son éviction par un héritier pur et simple.

Blondeau, au contraire, donne la même solution dans les deux cas. Appliquée à l'inscription d'une hypothèque invalidée en vertu de l'article 2146, la théorie de Blondeau conduirait à en maintenir l'invalidité aussi bien après l'éviction de l'héritier bénéficiaire qu'après sa déchéance ; cette invalidité ne serait

1. AUBRY ET RAU, t. VI, § 619, note 75.

maintenue d'après Aubry et Rau qu'en cas de déchéance mais non en cas d'éviction de l'héritier bénéficiaire (1).

246. — Un parti très important en doctrine refuse d'admettre cet effet « bilatéral » de l'acceptation bénéficiaire se produisant aussi bien au profit des créanciers de la succession qu'en faveur de l'héritier lui-même, et constituant au profit des créanciers héréditaires *un droit acquis* (2).

De nombreux auteurs considèrent l'acceptation bénéficiaire comme ne produisant d'effet qu'en faveur de l'héritier et conseillent aux créanciers de la succession de faire valoir la séparation des patrimoines, et de ne pas négliger les formalités qui en assurent la conservation, lors même que l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire, si cet héritier est d'une solvabilité douteuse. Ils considèrent comme nécessaire de prendre des précautions contre un retour au régime d'acceptation pure et simple résultant d'une renonciation, d'une déchéance, ou d'une éviction de l'héritier.

247. — Admettons, conformément à la jurisprudence et contrairement à la doctrine, que l'accepta-

1. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 508.

2. En ce second sens, DUCAURROY, BONNIER ET ROUSTAIN, t. II, n° 763 ; DEMANTE, t. III, n° 125 bis, 1. ; MARCADÉ, art. 881, n° 1 ; MOURLON, *Examen critique du Commentaire de M. Troplong*, n° 317 ; DEMOLOMBE, t. XV, n° 172 ; LAURENT, t. X, n° 81 ; F. BERNARD, *Exposé rationnel*, t. II, n° 225 et quelques arrêts ; Bordeaux, 24 juillet 1830 [S., chr.], Rouen, 5 décembre 1826 [S., chr.]

tion bénéficiaire soit une arme à deux tranchants qui est utilisée par l'héritier contre les créanciers de la succession et par ces derniers contre l'héritier. On aperçoit sans peine la relation de cette théorie avec les dispositions de l'article 2146.

Par suite de la disjonction des patrimoines de l'héritier et du *de cujus*, les créanciers de sa succession se trouvent constitués à l'état de *masse* comme les créanciers d'un failli. Et l'on ne peut guère nier que les rédacteurs du Code étaient sous l'empire de cette pensée lorsque, dans l'article 2146, ils ont rapproché et identifié les effets de la faillite et ceux de l'acceptation bénéficiaire de la succession.

« Constitution d'une masse ». C'est l'idée directrice dont se sont inspirés les auteurs des deux dispositions de l'article 2146.

La « loi des masses », c'est l'égalité de droits entre toutes les unités dont la masse se compose : c'est la proscription des actes juridiques qui auraient pour conséquence de mettre cette égalité en échec.

Pourquoi l'hypothèque non inscrite au moment du décès du débiteur est-elle déstituée d'effet si la succession de ce débiteur vient à être acceptée sous bénéfice d'inventaire? C'est parce que le résultat de l'acceptation bénéficiaire est la *constitution d'une masse* à laquelle l'hypothèque tardivement inscrite n'est pas opposable; c'est que l'hypothèque dont s'agit subit la « loi des masses ».

Et il est tout à l'honneur de la Cour de Grenoble d'avoir dégagé et proclamé cette loi.

248. — Reste la question de savoir si, une fois constituée, la masse peut subir une sorte de dissolution rétroactive par suite de la transformation de l'acceptation bénéficiaire en acceptation pure et simple,— ou si son existence passée est acquise, comme après un concordat l'existence de la masse de la faillite dont tous les droits sont acquis et se maintiennent encore pour l'avenir par l'inscription prise en vertu de l'article 490 du Code de commerce.

Le concordat ne rétroagit pas. La perte du bénéfice d'inventaire doit-elle rétroagir ? Existe-t-il dans notre législation des textes qui imposeraient cette rétroactivité ?

M. Wahl dans une importante note sous l'arrêt de Grenoble (1) s'est attaché à démontrer la négative.

« Pourquoi, demande M. Wahl, la déchéance du bénéfice d'inventaire ferait-elle disparaître les effets produits par le bénéfice d'inventaire antérieurement à la déchéance ? Pourquoi, en d'autres termes aurait-elle un effet rétroactif et notamment validerait-elle les inscriptions prises contrairement à l'article 2146 ? A notre avis, la déchéance n'est qu'une simple *cessation* du bénéfice d'inventaire comme le concordat est une cessation de la faillite, comme l'expiration du temps fixé est une cessation du bail, comme la renonciation à l'usufruit ou la déchéance de l'usufruitier mettent fin à l'usufruit. La rétroactivité d'une situation juridique quelconque est, on le sait, une dérogation

1. Sirey 93.2.33.

grave au droit commun puisqu'elle efface *fictivement* des événements qui se sont réellement produits. Il faudrait donc, pour que la déchéance du bénéfice d'inventaire fût rétroactive, ou qu'un texte formel admit cette idée, ou que la loi fit, par la qualification donnée à la déchéance, rentrer cette déchéance dans une catégorie de phénomènes juridiques pourvus de l'effet rétroactif. Or la loi ne prononce aucun mot qui puisse faire croire à une résolution, les trois textes qui s'occupent de la disparition du bénéfice d'inventaire portent seulement « que l'héritier sera réputé héritier pur et simple » (C. de proc. 988 et 989) ou « qu'il est déchu du bénéfice d'inventaire (C. civ. 801). Ce sont des expressions qui n'indiquent pas, au point de vue du passé, les effets de la déchéance ; à ce point de vue donc, il faut appliquer le droit commun ».

249. — M. Wahl a, du reste, bien soin de faire remarquer que sa thèse ne s'applique qu'à la *déchéance* du bénéfice d'inventaire et non à l'annulation de ce bénéfice : « L'annulation, à la différence de la déchéance, a, en vertu de principes généraux incontestables, un effet rétroactif. » C'est la distinction, méconnue par Blondeau, qu'ont fait ressortir avec beaucoup de raison Aubry et Rau.

Cet argument que l'on tire de l'absence de textes prescrivant ou impliquant la rétroactivité de la déchéance de l'acceptation bénéficiaire, a cet avantage, que M. Wahl signale lui-même, de permettre à la solution de la Cour de Grenoble, de rester debout sans avoir un besoin absolu de s'appuyer sur l'idée

de « constitution de masse » évoquée par l'arrêt.

« La base que la Cour de Grenoble assigne à sa décision, dit M. Wahl, est, dans l'état actuel de la Jurisprudence, très solide, mais cette Jurisprudence très combattue pourrait se modifier... »

Si elle se modifiait on pourrait encore arguer, contre l'effet rétroactif de la déchéance, du silence des textes.

C'est peut-être vrai, néanmoins, si l'on écartait l'idée de la séparation des patrimoines et de la constitution d'une masse créancière par l'effet de l'acceptation bénéficiaire, la théorie serait bien malade !

A qui profite la disposition de l'article 2146-2° ? A la masse des créanciers de la succession. Si cette masse n'existe pas, si elle n'emprunte qu'à l'acceptation bénéficiaire une existence artificielle et précaire, si, comme l'enseigne presque toute la doctrine, le bénéfice d'inventaire n'est qu'une faveur faite à l'héritier, comment admettre que l'héritier ne peut pas renoncer à cette faveur, ou en être privé par sa faute ? Qui pourra se plaindre de la déchéance de l'héritier ? Un être imaginaire !

Un droit n'existe qu'à la condition d'avoir un sujet et la condition d'existence de ce sujet s'évanouirait avec la disparition du bénéfice d'inventaire.

Supposons une hypothèque inscrite après le décès du débiteur. L'héritier a accepté bénéficiairement la succession ; il fait un acte d'héritier ou il se porte héritier pur et simple. En face du créancier réclamant le bénéfice de son hypothèque, quel adversaire

se dressera? Ce ne sera pas l'héritier lui-même ; il s'est condamné d'avance par sa renonciation ou sa déchéance. Sera-ce un créancier chirographaire de la succession intervenant au procès ou plutôt formant un contredit au règlement provisoire d'un ordre? Il n'agira que pour son compte, et la décision qu'il obtiendra, sera au regard de tous les autres créanciers chirographaires de la succession, *res inter alios judicata*. Et quelle sera la conséquence juridique de cette application inévitable de l'article 1351? C'est que le créancier hypothécaire sera obligé de subir le concours du créancier chirographaire qui aura demandé la nullité de son inscription et non le concours des autres, si bien que l'hypothèque, au lieu d'être effacée au profit de tous les créanciers chirographaires, profitera désormais au créancier hypothécaire et à celui qui lui aura fait le procès.

On se trouvera lancé dans des difficultés inextricables dont on ne peut sortir que par deux moyens qui se rattachent tous les deux à l'idée de la constitution d'une masse créancière : déclarer l'hypothèque nulle au regard de tous ou la maintenir intégralement.

De ces deux moyens, l'un a été adopté par la doctrine, c'est le refus d'appliquer l'article 2146-2° en considérant l'acceptation bénéficiaire comme effacée par la déchéance ou la renonciation, — l'autre qui a été consacré par l'arrêt de Grenoble consiste à maintenir l'application de l'article 2146, au profit de tous les créanciers chirographaires, toutes les fois que le

régime bénéficiaire a existé, même après qu'il a cessé (1).

Qui a raison de la Cour de Grenoble ou de la doctrine? Si la séparation des patrimoines avait, dans notre législation contemporaine, le caractère global qu'elle avait en droit romain, nous n'hésiterions pas à nous rallier à la thèse de l'arrêt du 26 décembre 1891 ; mais il est admis par tout le monde que la séparation des patrimoines telle que l'a organisée assez gauchement notre Code civil n'est qu'un bénéfice individuel. Or la séparation globale au profit de l'héritier qui résulte de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut pas avoir pour contre-partie ou, si l'on veut, pour contre-coup, une séparation globale au profit des créanciers de la succession c'est-à-dire *une institution qui n'existe pas en droit français*.

250. — Nous nous croyons donc obligé, quant à présent, d'accepter le système de la doctrine, c'est-à-dire d'admettre l'inapplicabilité de l'article 2146-2° quand le bénéfice d'inventaire a disparu par l'effet d'une renonciation, d'une déchéance ou d'une éviction de l'héritier. C'est la conséquence d'une législation boiteuse qui n'a ni su ni voulu organiser la *faillite civile*.

251. — M. Wahl, lui-même, ne s'est pas dissimulé qu'on ne pouvait considérer le problème comme définitivement résolu :

1. Conf. PLANIOL, t. II, n° 3029. M. Planiol ne fait d'ailleurs qu'indiquer la question, ne pouvant, dans un traité élémentaire, lui donner les développements qu'elle comporte.

« Il nous reste, écrit-il en terminant, à dire quelques mots sur l'avenir de la question. Quoique tous les précédents soient contraires à la doctrine de la Cour de Grenoble, on peut presque affirmer que cette doctrine est destinée à triompher. L'arrêt contraire de la Cour de Caen (1) a été rendu à une époque où la Jurisprudence, relative au maintien de la séparation des patrimoines contre un héritier déchu du bénéfice d'inventaire, venait de s'affirmer pour la première fois (2) et où la solution définitive n'était pas certaine ; il a fallu que cette question se présentât concurremment avec celle qui fait l'objet de nos développements pour qu'on aperçut leurs rapports. Ce sont ces rapports qui avaient échappé à la Cour de Caen (3). Au surplus, nous croyons l'avoir montré, l'argument unique que cet arrêt emprunte à l'effet rétroactif de la déchéance est inexact ; la déchéance n'a pas d'effet rétroactif ; et de la sorte, même si la Jurisprudence relative à la séparation des patrimoines venait à perdre son autorité, la solution de la question résolue par l'arrêt ci-dessus (4) n'en devrait pas moins rester la même ; deux raisonnements différents conduisent au même résultat ; l'un repose sur une Jurisprudence peut être contestable, l'autre se fonde sur les principes les plus solides. »

252. — Comme M. Wahl nous espérons que la

1. Arrêt du 16 juillet 1834 [précité].

2. Cass., 18 juin 1833 [S. 1833, 1.730].

3. Caen, 16 juillet 1834 cité *supra*.

4. Grenoble, 26 décembre 1891.

solution donnée par l'arrêt de Grenoble triomphera définitivement. Mais ce n'est pas à la Jurisprudence que nous demanderons de la consacrer. En l'état actuel de la législation, nous demeurons convaincus, avec la plupart des auteurs, de l'effet rétroactif de la déchéance du bénéfice d'inventaire et nous avons donné avec insistance la raison de notre sentiment : la masse, dans l'espèce, n'existe pas, et elle n'existera que lorsqu'une réforme législative aura consacré la « faillite civile ». Jusque là nous demeurerons hostile à ces « Jurisprudences prétoriennes » qui peuvent faire faire des progrès à notre droit en orientant le législateur vers des solutions mieux étudiées et meilleures, mais dont les frais sont payés par les plaideurs qui ont cru pouvoir se fier aux textes.

*
* *

253. — L'arrêt de Grenoble du 26 décembre 1891, avons-nous dit plus haut, a amorcé sans la résoudre, la question de savoir si, en cas d'annulation de l'acceptation bénéficiaire, et de remplacement de cette acceptation par l'acceptation pure et simple ou par la renonciation, l'article 2146 continue à produire son effet en ce qui concerne les inscriptions prises depuis l'ouverture de la succession.

Nous avons signalé au cours de notre discussion la distinction qu'il convient de faire entre la *déchéance* du bénéfice d'inventaire et l'*annulation* de l'acceptation bénéficiaire.

Pour nous qui reconnaissons l'effet rétroactif même à la déchéance du bénéfice d'inventaire, la distinction n'a pas d'importance.

Pour les partisans du système adverse, elle présente au contraire un grand intérêt: la déchéance du bénéfice d'inventaire n'aurait pas d'effet rétroactif, tandis que l'annulation de l'acceptation bénéficiaire, conformément aux principes du droit commun, effacerait l'acceptation bénéficiaire dans le passé, aussi bien qu'elle en détruirait les effets dans l'avenir.

Cette distinction, ainsi que nous l'avons vu plus haut, a été méconnue par Blondeau, mais elle est au contraire soigneusement faite par Aubry et Rau et par M. Wahl.

Les partisans de la non rétroactivité de la déchéance du bénéfice d'inventaire ne doivent pas la perdre de vue.

254. — Une autre question se pose si l'on admet, contrairement à notre opinion, que la séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire n'a pas d'effet rétroactif.

Les inscriptions prises avant cette déchéance resteraient frappées d'inefficacité aux termes de l'article 2146. Mais en serait-il de même des inscriptions prises postérieurement à la déchéance, c'est-à-dire plus tardives encore que celles que nos adversaires déclarent nulles malgré la disparition du bénéfice d'inventaire ?

Il résulte de la jurisprudence que la séparation des patrimoines découlant du bénéfice d'inventaire sur-

vit à ce bénéfice, non seulement pour le passé mais encore pour l'avenir !

La disposition de l'article 2146-2° conserve-t-elle donc son effet pour l'avenir ? En d'autres termes, après la déchéance du bénéfice d'inventaire, les créanciers héréditaires restent-ils privés du droit d'inscrire l'hypothèque qu'ils ont acquise du chef du défunt ? L'affirmative serait la conséquence obligée du système adopté par la jurisprudence, mais celle-ci n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion d'appliquer cette conséquence extrême de sa théorie.

M. Wahl se refuse à aller jusque-là. Que les inscriptions prises alors que le bénéfice d'inventaire existait, demeurent nulles, parce que la déchéance n'a pas d'effet rétroactif, c'est logique. Mais que l'on annule des inscriptions prises lorsque l'héritier est devenu un héritier pur et simple, c'est excessif. « On ne peut admettre, dit M. Wahl, que, l'héritier étant devenu pur et simple, les effets ordinaires de l'acceptation pure et simple ne s'appliquent pas. La solution donnée par la jurisprudence à propos de la séparation des patrimoines n'est ici d'aucun secours ; si la séparation des patrimoines est la conséquence du bénéfice d'inventaire, la loi lui reconnaît aussi une existence indépendante, puisqu'elle autorise les créanciers à la demander en cas d'acceptation pure et simple et qu'elle y voit précisément le remède contre une acceptation pure et simple. Au contraire la disposition de l'article 2146 est intimement liée au bénéfice d'inventaire ; elle dépend essentiellement de lui, elle

ne peut pas avoir d'existence indépendante et une fois que le bénéfice d'inventaire a disparu, les créanciers pourront désormais inscrire au préjudice les uns des autres l'hypothèque acquise pendant la vie du défunt (1). »

Que les créanciers puissent alors que l'acceptation bénéficiaire a disparu, que l'héritier est un héritier pur et simple, inscrire les hypothèques qu'ils ont acquises du vivant du *de cujus*, nous n'en doutons pas. Mais il faut reconnaître que l'application du système de la non rétroactivité de la déchéance va produire des résultats bien singuliers.

Supposons deux créanciers Primus et Secundus qui dans les derniers temps de la vie du *de cujus* se sont fait respectivement consentir des hypothèques, Le débiteur étant venu à mourir, Primus inscrit son hypothèque, Secundus plus négligent ne fait pas inscrire la sienne. Sur ces entrefaites, l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire et l'inscription de Primus se trouve invalidée par l'application de l'article 2146.

Au bout de quelques mois l'héritier est déclaré déchu du bénéfice d'inventaire. Secundus averti à temps inscrit aussitôt son hypothèque qui est valable, tandis que celle qui a été prise par Primus bien antérieurement reste, grâce à la non-rétroactivité de la déchéance, destituée de toute efficacité.

Il y a là un résultat paradoxal qui doit faire réflé-

1. WAHL, note citée.

chir et qui, à lui seul, suffirait pour nous faire admettre le système de la rétroactivité de la déchéance, si ce système ne nous apparaissait imposé par les principes du droit commun et correspondant exactement à l'esprit du Code civil (1).

*
* *

255. — Nous n'en avons pas fini avec les difficultés que soulève la théorie incertaine ébauchée dans l'article 2146.

Les faits qui entraînent la déchéance du bénéfice d'inventaire ne produisent pas tous les mêmes effets (2). Tandis que les actes d'héritiers, le recel ou l'omission de mauvaise foi, dans l'inventaire, d'objets de la succession font déchoir l'héritier du bénéfice d'inventaire *erga omnes*, les jugements passés en force de chose jugée qui le condamnent en qualité d'héritier pur et simple, ne lui impriment cette qualité qu'au regard de ceux qui les ont obtenus (arg. art. 1351, C. civ.) (3).

Quelle sera la conséquence, au point de vue de

1. V. *Supra*.

2. *Contra*, F. BERNARD. *Exposé rationnel des principes du Code civil*, 1872, t. II, n° 122 ; MERLIN. *Questions*. V. *Héritier*, § 8, n° 3 ; COULON. *Dialogues*, t. II, n° 48 ; VALETTE. *Mélanges*, t. I, p. 163 ; BONCENNE. *Procédure*, t. III, p. 333 ; MARCADÉ sur l'art. 800.

3. POTHIER. *Successions*, chap. 3, sect. 5 ; PLANIOL, t. III, n° 2024 ; AURRY ET RAU, t. VI, p. 403, § 612 ; DEMOLOMBE, t. XV, n°s 148 et ss. ; LAURENT, t. IX, n° 391 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 196, etc. La jurisprudence s'est fixée en ce sens. V. notamment Cass., 19 avril 1865 [S. 65.1.270].

l'application de l'article 2146, de cette situation singulière de l'héritier qui est pour certains créanciers de la succession un héritier pur et simple et, pour les autres, un héritier bénéficiaire ?

Une hypothèque a été inscrite postérieurement au décès par un créancier du *de cujus* ; que vaut cette inscription au regard des créanciers de la succession ? Théoriquement la réponse est facile : l'inscription est opposable aux créanciers vis-à-vis desquels l'héritier a perdu le bénéfice d'inventaire ; elle n'est pas opposable aux créanciers vis-à-vis desquels l'héritier a conservé sa situation d'héritier bénéficiaire.

Mais lorsqu'un ordre viendra à s'ouvrir, le juge chargé de le régler se trouvera en face d'une de ces difficultés de la pratique qui échappent parfois aux prévisions des représentants de la doctrine.

Nous ne croyons pas que le problème soit insoluble. On commencera par répartir le prix de l'immeuble hypothéqué au marc le franc entre tous les créanciers de la succession y compris celui qui n'avait inscrit son hypothèque que postérieurement au décès du *de cujus*. Mais, si ce créancier n'est pas intégralement désintéressé par le dividende à lui revenir, il sera colloqué sur le dividende afférent aux créanciers qui ont fait condamner l'héritier en qualité d'héritier pur et simple, par préférence à ces créanciers, qui ne toucheront que ce qui restera après le paiement du créancier hypothécaire.

256. — M. Planiol signale un autre cas non prévu par la loi : ce cas se présente lorsque, une hypothèque constituée par le *de cujus* n'ayant été inscrite qu'après son décès, et l'héritier, qui est lui-même insolvable, ayant accepté purement et simplement, les créanciers de la succession demandent la séparation des patrimoines.

L'inscription prise par le créancier du *de cujus* reste certainement valable.

Et cependant, par hypothèse, la succession est insolvable elle-même. Pourquoi l'article 2146-2° cesserait-il de produire effet parce que l'insolvabilité de la succession se double de l'insolvabilité de l'héritier ? « C'est, dit M. Planiol, que la loi a tort de baser la présomption de l'insolvabilité de la succession sur ce fait que les héritiers ne l'ont acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Elle aurait dû s'attacher à cette insolvabilité elle-même plutôt qu'à un signe extérieur aussi trompeur que l'acceptation bénéficiaire (1). » Un héritier acceptera sans scrupules purement et simplement une succession insolvable, quand il est encore plus insolvable que la succession, il n'a rien à y perdre ! Soit une succession qui présente 300.000 francs d'actif et 400.000 francs de passif et dont la liquidation se traduirait par conséquent par la distribution d'un dividende de 75 %.

L'héritier a 200.000 francs de dettes et un actif nul ; en acceptant la succession purement et simplement

1. PLANIOL, t. II, n° 3029.

il provoque la confusion des patrimoines dont la conséquence serait, si les créanciers de la succession ne demandaient pas la séparation des patrimoines, de lui permettre de distribuer un dividende de 50% à ses propres créanciers.

Grâce à la conception vicieuse du système de la loi, l'article 2146-2° ne fonctionnera pas et le maintien de l'hypothèque consentie par le *de cujus* rompra l'égalité entre les créanciers d'un patrimoine en déconfiture, bien contrairement au vœu du législateur.

Toutes ces incohérences pouvaient être évitées par l'organisation de la déconfiture. Du législateur qui a dépassé son but en appliquant l'article 2146-2° à des successions solvables échues à des mineurs et qui ne l'a pas atteint dans les cas qui viennent d'être exposés, l'on peut dire : « *Quod non potuit fecit, quod potuit non fecit.* »

∴

257. — Mais si les créanciers de la succession demandaient la séparation des patrimoines (1) ? Cela ne changerait rien à la situation. Car la séparation des patrimoines n'a d'effet qu'au profit des créanciers de la succession contre les créanciers de l'héritier ;

1. Nous partons de ce *postulatum* qu'il peut exister concomitamment une acceptation sous bénéfice d'inventaire et une séparation des patrimoines demandée par les créanciers. La doctrine en effet, considère ce concours comme possible.

elle n'a aucun effet entre les créanciers de la succession ; elle est donc impuissante à faire tomber l'hypothèque du créancier avantagé, si l'héritier n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire.

Il faut même remarquer ici que l'inscription du privilège de l'article 2111 dans le délai imparti par la loi c'est-à-dire dans les six mois, malgré son état rétroactif, ne changerait rien à la situation. Si elle peut primer les droits d'un créancier de l'héritier, elle n'est point opposable à un créancier de la succession et ne fait nullement obstacle au droit de préférence qui a pu lui être conféré par le *de cujus*.

D'ailleurs le fait des créanciers héréditaires ou de certains d'entre eux, d'invoquer le bénéfice de séparation des patrimoines, ne fait pas présumer l'insolvabilité de la succession (qui est l'hypothèse envisagée par l'article 2146) mais l'insolvabilité de l'héritier qui est indifférente au point de vue auquel s'est placé le législateur.

Ce que nous venons d'exposer ne cesserait même pas, en principe, d'être vrai, lorsque l'inscription de séparation des patrimoines aurait une date antérieure à l'inscription de l'hypothèque critiquée (ce qui lui est facile puisque si elle est inscrite dans le délai de six mois, elle prend rang à la date de l'ouverture de la succession).

258. — Il y a un cas cependant où l'application du principe deviendrait impossible ; c'est celui où un créancier de l'héritier aurait pris inscription sur l'im-

meuble grevé par le *de cuius* d'une hypothèque qui ne serait inscrite que postérieurement.

Le créancier de l'héritier passe avant le créancier du *de cuius* qui ne s'est inscrit qu'après lui. Si des créanciers de la succession prennent ensuite, avant l'expiration des six mois, l'inscription de séparation des patrimoines, ils primeront le créancier de l'héritier qui lui-même prime le créancier hypothécaire du *de cuius*. Ils primeront en conséquence le créancier hypothécaire du *de cuius*. *Si vinco vincentem te a fortiori te vincam.*

On nous répondra que le créancier hypothécaire du *de cuius* empêchera cette situation de se produire, en prenant lui-même, avant que les délais ne soient expirés, une inscription de séparation des patrimoines. Le remède sera insuffisant car il ne donnerait au créancier hypothécaire du *de cuius* que le droit de concourir avec les autres créanciers de la succession sur la collocation qui lui aurait été assurée par l'inscription prise aux termes de l'article 2111 et dans les délais impartis par cet article. C'est l'application de cet autre adage: *Privilegiatus non habet privilegium contra æque privilegiatos.*

Si l'on adoptait le système de la doctrine d'après lequel la séparation des patrimoines ne constitue pas un privilège, mais un simple bénéfice assurant aux créanciers, qui l'invoquent, un droit de préférence et non un droit de suite, la validité, en cas d'acceptation pure et simple, de l'inscription prise par le créancier après le décès de son débiteur, aurait sur

la séparation des patrimoines invoquée et conservée par les autres créanciers de la succession, cet avantage, que le créancier hypothécaire pourrait faire valoir son hypothèque à l'encontre d'un tiers acquéreur, tandis que les créanciers séparatistes n'auraient aucun droit en cas d'aliénation de l'immeuble par l'héritier (art. 880 C. civ.) (1).

Au contraire, en cas d'acceptation bénéficiaire de la succession, l'hypothèque tardivement inscrite ne produirait pas plus le droit de suite que le droit de préférence puisqu'elle serait frappée d'une complète inefficacité. Le registre du conservateur est fermé pour elle et, si, en fait, elle y a été inscrite, elle est comme non avenue.

1. Conf. PLANIOL, t. II, n° 2928-2930 ; TROPLONG, *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 323 et s. ; PAUL PONT, t. I, n° 299 ; MOURLON, *Transcription*, t. II, n° 740 ; AUBRY ET RAU, t. VI, p. 500, § 619 ; MARCADÉ, sur l'article 880, n° 4. Nous rappelons que la jurisprudence est à peu près fixée en sens contraire. V. cependant dans le sens de la doctrine un jugement du Tribunal de la Seine du 26 janvier 1887 [*Gaz. Palais* 87.1.350].

TITRE III. — Quelles inscriptions tombent sous le coup de l'article 2146-2°

259. — L'article 2146, dans sa seconde comme dans sa première disposition, vise « les inscriptions en général » sans dire s'il entend s'appliquer aux seules hypothèques ou aux hypothèques et aux privilèges immobiliers ; et nous n'avons pas là, pour compliquer la question, la formule de l'article 448 du Code de commerce. Mais comme la rubrique du Chapitre IV porte « du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques », que l'article 2154 accole de nouveaux privilèges et les hypothèques, il est impossible de ne pas attribuer aux deux dispositions de l'article 2146, le caractère général qui leur a toujours été reconnu par la doctrine et la jurisprudence.

260. — Il y a même lieu de remarquer que la loi du 17 juin 1893, modificative de l'article 2151 a aggravé ou, tout au moins, souligné l'assimilation des privilèges et des hypothèques, en disposant que « le créancier *privilégié* dont le titre a été inscrit ou *transcrit* ou le créancier hypothécaire » — tandis que l'ancien texte de l'article 2151 ne parlait que « du créancier inscrit » et de son rang *d'hypothèque*.

261. — Nul doute en conséquence que l'article 2146, dans ses deux dispositions ait entendu, à tort ou à raison, viser toutes les hypothèques et tous les privilèges immobiliers — sauf peut-être (et c'est là le point sur lequel la controverse s'est donné libre carrière) ceux qui échapperaient à son influence par suite de l'application de principes inconciliables soit du droit commun soit de la législation qui leur est propre.

262. — En général les controverses sur les hypothèques ou les privilèges qui doivent ou ne doivent pas être soumis à l'application du deuxième alinéa de l'article 2146, sont les mêmes qui s'élèvent à l'occasion de l'application de la première disposition de cet article, et s'appuient, soit dans un sens soit dans dans un autre, sur les mêmes arguments.

Aussi nous abstiendrons-nous de les reprendre une à une et nous nous contenterons de renvoyer aux développements de la première partie de notre étude pour toutes celles qui n'autoriseraient pas une argumentation spéciale au deuxième fait prévu par l'article 2146, c'est-à-dire au cas de décès du débiteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

263. — Un premier point certain, c'est que notre article, dans sa seconde disposition comme dans la première, vise les hypothèques judiciaires aussi bien que les hypothèques légales. Le créancier qui, du vivant de son débiteur, a pris contre celui-ci un jugement de condamnation, mais qui n'a pas fait inscrire, avant le décès de ce débiteur, l'hypothèque résul-

tant du jugement, est forelos du droit de prendre inscription si la succession vient à être acceptée sous bénéfice d'inventaire.

264. — Un point non moins certain, c'est que la seconde disposition de l'article 2146, comme la première s'applique à toutes les hypothèques légales qui ne bénéficient ni d'une dispense d'inscription ni d'un délai pour s'inscrire.

265. — Tel est le principe : nous allons cependant nous heurter dès maintenant contre une difficulté. L'hypothèque légale du légataire (art. 1017) ne peut pas être inscrite avant le décès, puisque c'est le décès qui ouvre le droit du légataire. Quel sera le sort de cette hypothèque si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ? Il faut remarquer qu'en la matière, la préoccupation dont se sont inspirés les auteurs de l'article 2146, est hors de cause ; l'article 2146 a pour but d'empêcher qu'un des créanciers de la succession obtienne un rang de préférence au préjudice des autres. Or l'inscription de l'hypothèque de l'article 1017 ne peut conférer au légataire un droit de préférence sur les créanciers du *de cujus*, les legs n'étant jamais exécutés qu'après l'acquittement des dettes.

On a enseigné cependant qu'en cas d'acceptation bénéficiaire, l'article 2146-2° frappait de nullité l'hypothèque de l'article 1017 (1).

On dira que l'application de cet article n'a pas d'in-

1. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1588 et 1589.

convénients dans l'espèce. Ce n'est pas sûr. S'il y avait dans la succession, meilleure que ne l'avait présumé l'héritier, un actif suffisant pour désintéresser les créanciers, puis les légataires, l'annulation de l'hypothèque de ce dernier pour empêcher un droit de préférence *qui ne pourrait se produire*, aura fait disparaître un droit de suite que, de l'aveu de tout le monde, l'article 2146 ne visait pas.

Et cette considération acquerra une importance toute spéciale dans le cas où l'acceptation bénéficiaire n'est pas la conséquence de l'insolvabilité de la succession, mais de l'incapacité de l'héritier.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes qui donnent cette solution, ne l'accompagnent d'aucun commentaire. Il ne semble pas que cette question, pourtant très intéressante, ait attiré l'attention des auteurs.

On pourrait être tenté de soustraire l'article 1017 à l'application de l'article 2146, par ce seul motif que l'inscription dont s'agit, n'est pas opposable aux créanciers de la succession, c'est-à-dire aux seuls intéressés que le législateur ait eu en vue de protéger (1).

Il serait également possible de défendre l'hypothèque du légataire en disant que l'article 2146 paraît n'avoir été écrit qu'en vue des privilèges nés avant la faillite ou la mort du débiteur et que l'hypothèque du légataire ne naît qu'à la mort du testateur. On pour-

1. Bordeaux, 26 avril 1864 [D. 64.2.220] ; Huc. *Code civil*, t. VI, n° 343 *in fine* ; GRENIER, t. II, n° 309 et t. IV, n° 619 ; TOULIER, t. VII, p. 240.

rait même dire que le *de cujus* n'a jamais été débiteur des legs qu'il a faits dans son testament et que c'est l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur qui met en jeu le principe de l'article 2146-2°.

266. — En revanche, d'après MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, l'article 2146-2° ne ferait aucun obstacle à l'inscription de l'hypothèque légale de la masse des créanciers de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

« La règle de l'article 2146-2°, disent-ils, comporte exception pour l'hypothèque légale de la masse des créanciers de la faillite ou de la liquidation judiciaire. Cette inscription n'a pas pour but de conserver un droit de préférence opposable dans les rapports des créanciers entre eux. Il n'y a pas dès lors de raison pour la soumettre aux mêmes prescriptions que les autres hypothèques (1). »

On admet d'une manière générale que la forclusion édictée par l'article 2146-2° n'atteint ni les inscriptions en renouvellement, ni les inscriptions destinées à conserver des intérêts. Nous renvoyons aux explications que nous avons données sur ce point, à l'occasion de l'application du premier alinéa de l'article 2146 (2).

∴

1. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1589.

2. V. *supra* n°s 26 et 27. Il y a lieu de retenir l'objection formulée au sujet des inscriptions destinées à conserver des intérêts et la réponse à cette objection.

267. — *Hypothèque légale du mineur et de la femme mariée.* — Tout ce qui a été dit, dans notre première partie, au sujet des hypothèques légales de la femme mariée et du pupille, pour le cas de faillite du mari ou du tuteur, s'applique *mutatis mutandis* à la seconde disposition de l'article 2146.

Il est évident toutefois que la circonstance prévue par cette disposition (décès du débiteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession) élimine toute hypothèse d'inscription prise par le pupille ou la femme mariée du vivant du mari ou du tuteur.

Il n'y a plus à considérer que les deux cas de l'inscription avant l'expiration de l'année qui suit le décès du tuteur ou du mari, et de l'inscription après l'expiration du délai imparti par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.

L'inscription est-elle prise dans l'année ? Son efficacité est certaine malgré le caractère bénéficiaire de l'acceptation de l'héritier. Est-elle prise après l'année ? L'hypothèque légale étant dégénérée en hypothèque ordinaire, sa validité est atteinte par l'article 2146 (1).

*
* *

268. — *Privilège du vendeur.* — La question de la conservation du privilège du vendeur par la trans-

1. Paris, 24 juin 1862 [S. 63.2.37]; Orléans, 26 août 1869 [S. 70.2.113]; PAUL PONT, t. II, n^{os} 890, 895, 926 ; MOURLON. *Transcription*, n^o 317 ; AUBRY ET RAU, t. III, p. 306, § 269 ; LYON-CARN ET RENAULT, *Précis*, t. II n^o 2713.

cription de l'acte de vente fait naître, en matière d'acceptation bénéficiaire de la succession, des controverses aussi ardentes qu'en matière de faillite de l'acheteur.

Dans l'espèce, qui fera transcrire le contrat ? Peut-être le vendeur dans le but de conserver son privilège ; plus probablement l'héritier bénéficiaire qui a qualité à cet effet, car la transcription d'un contrat d'acquisition est un acte d'administration. Et l'on se trouvera placé en face de cette situation exorbitante qui a pour conséquence de diviser les effets de la transcription, d'en conserver tout ce qui assure les droits de l'acheteur, d'en éliminer tout ce qui profite au vendeur, de faire en un mot de la transcription un véritable acte de spoliation.

Malgré cela le plus grand nombre des auteurs et des arrêts considèrent cette solution, aussi illogique que rigoureuse, comme imposée par le texte de la loi et, si tous s'accordent à la condamner en législation, il en est assez peu qui osent se refuser à l'appliquer dans l'état actuel de la législation (1).

269. — Mais que faut-il décider en ce qui concerne l'action résolutoire ? Nous avons vu dans notre première partie que les auteurs les plus accrédités ne font pas dépendre la perte de l'action résolutoire de la faillite même, mais de l'inscription prise par le syndic, au profit de la masse créancière, en vertu de l'article 490 du Code de commerce. C'est cette inscription

1. V. PLANIOL, t. II, n° 3038 ; AUBRY ET RAU, t. III, p. 360.

qui, seule, fait des créanciers de la faillite des tiers ayant « acquis, comme le dit l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, des droits sur l'immeuble et s'étant conformés aux lois pour les conserver ».

D'ailleurs l'économie générale de la loi du 23 mars 1855, consiste à opposer les uns aux autres les intéressés qui ont publié leur droit (en admettant qu'il soit susceptible de publicité) et à donner la préférence à celui qui a donné le premier à son titre la publicité qu'il comportait.

On pourrait dire que, dans ce conflit, le succès est le prix de la course et que le concurrent qui doit l'emporter est celui qui est passé le premier au bureau de la conservation des hypothèques.

270. — Mais si le concours existe entre le vendeur, qui a son privilège à conserver, et les créanciers de la faillite qui, représentés par le syndic, doivent inscrire leur hypothèque légale (art. 490 C. com.), il n'existe plus entre le vendeur et les créanciers de la succession bénéficiaire qui n'ont aucune inscription à prendre. On en peut tirer cette conclusion que, lorsque la succession de l'acheteur a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, le vendeur, quand même on devrait le considérer comme déchu de son privilège (et la déchéance n'est pas admise par tout le monde) ne perd pas l'action résolutoire qui lui est attribuée par l'article 1654 du Code civil.

271. — Les principes du droit commun exigent, selon nous, des solutions divergentes en matière de faillite et d'acceptation bénéficiaire. Les créanciers de

la faillite acquièrent un droit réel sur les immeubles du failli par l'inscription de leur hypothèque légale. Mais où les créanciers d'une succession acceptée bénéficiairement prendraient-ils le principe d'un *droit réel* ouvert à leur profit ?

Et peu importerait qu'ils eussent pris une inscription de séparation des patrimoines, car la séparation des patrimoines régulièrement publiée modifie bien les rapports des créanciers de la succession avec les créanciers de l'héritier, mais non les rapports des créanciers de la succession entre eux.

Que l'on se souvienne d'ailleurs de l'argument que nous avons fait valoir plus haut. Dans une faillite, il y a une masse représentée par le syndic. Il y a une publicité destinée à conserver les droits de la masse. Dans une succession bénéficiaire, il n'y a en réalité ni masse, ni représentant de la masse, ni mesure quelconque par laquelle la collectivité des créanciers puisse se conformer aux lois pour conserver un droit réel qu'aucun texte ne lui attribue, qu'elle ne saurait puiser dans aucun principe de droit commun.

272. — On fait ce raisonnement : le privilège du vendeur ne survit pas à l'acceptation bénéficiaire de la succession ; l'action résolutoire ne survit pas au privilège. Donc l'action résolutoire ne survit pas à l'acceptation bénéficiaire de la succession.

Oui ! mais on ne remarque pas qu'en posant le principe de l'extinction concomitante du privilège et de l'action résolutoire, l'article 7 a soin de préciser les personnes qui peuvent invoquer cette extinction.

•

Ce sont *les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.*

Les tiers ainsi définis, qu'on les cherche donc dans la succession bénéficiaire. Ils n'existent pas !

273. — L'opinion que nous exprimons ici est aussi celle de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. Après avoir reconnu que l'inscription du privilège du vendeur ne peut plus être utilement requise, que le privilège est éteint à l'encontre des créanciers du défunt, MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ajoutent : « Mais ceux-ci (les créanciers) n'acquièrent aucun droit spécial sur les immeubles héréditaires ; dès lors il ne peut être question pour eux de remplir les formalités auxquelles fait allusion l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. Ils ne rentrent pas dans la catégorie des tiers au préjudice desquels l'action résolutoire ne peut être exercée. Le vendeur ne se trouve donc pas dépouillé de toutes ses garanties ; s'il ne peut plus invoquer son privilège et demander une collocation par préférence, il conserve la faculté d'agir en résolution à défaut du prix dont il ne peut obtenir le paiement ; il conserve la faculté de recouvrer l'immeuble (1). »

*
* *

1. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1606 ; PONT, *Revue critique*, 1860, XVI, 385 ; DEMANGEAT SUR BRAVARD, t. V, p. 299 note ; AUBRY ET RAU, t. III, p. 360, § 278, note 13.

274. — *Privilège du copartageant.* — Quand on est obligé de sacrifier le privilège du vendeur, il est impossible de défendre le privilège du copartageant. Tout ce qui a été dit pour et contre sa conservation en matière de faillite peut être répété ici.

Le copartageant perd son privilège par l'effet de l'acceptation bénéficiaire lorsqu'il ne l'a pas inscrit avant le décès de son copartageant.

« Il y a là, dit M. Planiol, une lacune évidente ; il eût fallu donner au vendeur et au copartageant un délai pour prendre inscription quelle que pût être la situation de leur débiteur... La loi de 1855 a établi un délai pour eux quand il s'agit de conserver leur droit de suite contre un tiers acquéreur. On aurait dû établir quelque délai semblable pour la conservation du droit de préférence : mais ce que le législateur n'a pas fait, l'interprète ne peut pas le faire (1).

275. — La loi belge a fait depuis longtemps disparaître l'absurde système échappé à l'inadvertance des rédacteurs du Code civil (2).

276. — M. Thaller, qui a vu très haut et très juste, a, dans son traité de la *faillite en droit comparé*, posé ce principe que nous avons déjà signalé « que, toutes les fois que l'acquisition et le privilège « marchent de pair », l'aliénateur doit conserver, malgré tout et contre tous, l'ensemble des garanties que la loi lui confère (3) », la solution contraire ne conduisant à

1. PLANIOL, t. II, n° 3041.

2. Loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, art. 30 et s.

3. THALLER, *op. cit.*, p. 119.

rien moins qu'à comprendre dans un patrimoine un objet qui n'en fait pas partie.

* *

277. — *Séparation des patrimoines*. — Nous avons dans les discussions précédentes admis la possibilité du concours de la séparation des patrimoines demandée par les créanciers de la succession avec l'acceptation bénéficiaire de l'héritier. C'est qu'en effet tout le monde admet que la séparation des patrimoines n'est pas atteinte par les dispositions de l'article 2146. L'inscription de l'article 2111 peut certainement être prise malgré l'acceptation bénéficiaire, comme elle peut être prise malgré la faillite (1).

C'eût été le comble de l'absurdité que de reconnaître l'inscription de la séparation des patrimoines impossible dans le cas où elle était le plus nécessaire, c'est-à-dire lorsque la succession est mauvaise (ce que fait présumer l'acceptation sous bénéfice d'inventaire), et que, de plus, l'héritier prend la précaution de la réduire à ses maigres ressources.

Il est donc très logique de déclarer l'article 2146 inapplicable à la séparation des patrimoines. Mais alors que devient le fameux argument de texte : *L'article 2146 ne distingue pas ?*

On s'en est tiré parfois en disant que « la séparation des patrimoines n'est pas un *privilege*, mais un *bénéfice* et l'article 2146 n'atteint que les inscriptions

1. PLANIOL, t. II, n° 3037 ; Bordeaux, 19 février 1895 [S. 96.2.27].

de privilèges et d'hypothèques. » Mais si l'on songe que cette affirmation « la séparation des patrimoines n'est qu'un bénéfice » signifie que la séparation des patrimoines n'est qu'un *bénéfice de préférence* soumis à l'inscription et si l'on considère d'autre part que l'article 2146 ne vise que le *droit de préférence*, on reconnaîtra sans peine que cette justification de l'exception faite en faveur de la séparation des patrimoines n'a point de base et que, si la séparation des patrimoines doit être mise à l'abri des rigueurs de l'article 2146, c'est parce que, dans l'hypothèse, l'application du texte conduirait à des résultats diamétralement opposés à ceux qu'a voulu le législateur.

D'ailleurs, l'article 2146-2° s'exprime en termes qui peuvent justifier l'inapplicabilité de sa disposition à la séparation des patrimoines : « *il en est de même entre les créanciers d'une succession.* » Et le privilège de la séparation des patrimoines s'exerce non pas entre créanciers de la succession, mais au profit des créanciers de la succession contre ceux de l'héritier (1).

* *

278. — *Autres privilèges (constructeur, dessèchement des marais, drainage, établissement de mines, domanier).* — Quant aux privilèges fondés sur l'idée de création d'une plus-value, il n'y a qu'à leur appli-

1. BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, t. II, n° 1596 ; TROPLONG, t. III, n° 651 ; DEMOLOMBE, *Successions*, t. V, n° 198 ; AUBRY ET RAU, t. VI, p. 485, § 86.

quer, en cas de décès du débiteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession, les règles qui ont été exposées ci-dessus en matière de faillite du débiteur.

TROISIÈME PARTIE

L'ARRÊT DES INSCRIPTIONS ET LES LOIS NOUVELLES

(Lois du 10 juillet 1885 et du 17 mars 1909).

279. — Notre droit contemporain a créé des hypothèques nouvelles et des privilèges inconnus non seulement des rédacteurs du Code civil mais encore des auteurs des lois de 1838 et de 1855. Nous voulons parler, d'une part, du privilège du vendeur de navire et de l'hypothèque maritime, d'autre part du privilège du vendeur d'un fonds de commerce et de la sûreté à laquelle on a donné assez improprement le nom de « nantissement des fonds de commerce » bien qu'elle se rapproche beaucoup plus de l'hypothèque que du nantissement.

Notre étude serait incomplète si nous n'envisagions l'influence exercée par les articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce sur ces garanties nouvelles, que les auteurs se sont appliqués à calquer autant que possible sur les sûretés immobilières consacrées par le Code civil.

TITRE I. — L'hypothèque maritime et le privilège du vendeur de navire.

CHAPITRE I

Régime de la propriété des navires

280. — Les navires sont des meubles ; mais ils se rapprochent des immeubles en ce que, comme ces derniers, ils ont une *situation* déterminée par leur *port d'attache*.

Tandis qu'un meuble ordinaire est de partout et de nulle part, un navire est du Havre, de Saint-Nazaire, de Marseille ou de Bordeaux, suivant qu'il est immatriculé au bureau des douanes de tel ou tel de ces ports. C'est à la faveur du lien qui s'établit entre le navire et le quartier d'inscription maritime dans lequel il est immatriculé et qui constitue un véritable domicile, au sens juridique du mot, que les législateurs contemporains ont pu établir, au regard des bâtiments de mer, tout un régime hypothécaire spécial dont les éléments essentiels, comme dans tout régime hypothécaire, sont l'hypothèque proprement

dite, la publicité des transmissions de propriété (mutation en douane), le privilège du vendeur.

Il ne faudrait pas d'ailleurs s'imaginer que le régime hypothécaire des navires est une conception d'ensemble, sortie en une fois du cerveau du législateur.

La mutation en douane, qui équivaut à la transcription de l'aliénation, remonte à la loi du 27 vendémiaire an II (art. 17). Simple prescription d'ordre administratif dans le principe, il n'est plus mis en doute aujourd'hui qu'elle constitue une condition essentielle de la transmission de la propriété au regard des tiers (1).

Le privilège du vendeur est consacré par l'article 191-8° du Code de commerce en même temps que celui des fournisseurs et ouvriers employés à la construction du navire.

Enfin l'hypothèque maritime a été instituée par la loi du 10 décembre 1874, mais comme cette loi avait paru défectueuse, elle a été remaniée et remplacée par la loi du 10 juillet 1885 actuellement en vigueur.

La loi qui entendait faire de l'hypothèque sur les navires un moyen de crédit maritime, n'a admis en cette matière que les hypothèques conventionnelles.

281. — La publicité de l'hypothèque maritime est aujourd'hui organisée par l'article 6 de la loi de 1885 ;

1 DELAMARRE ET LÉPOITVIN, t. IV, n° 99 et t. V, n° 152 ; PARDESSUS, t. III, nos 607 et 620 ; BÉDARRIDE. *Droit maritime*, t. I, nos 155, 429, 439 ; BOISTEL, n° 1152 ; DEMANGEAT SUR BRAVARD, t. IV, p. 22. Cass., 3 juin 1863 [S. 63.1.287] ; 16 mars 1864 [S. 64.1.111] ; 27 février 1877 [S. 77.1.209].

elle consiste dans l'inscription sur un registre spécial tenu par le receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction (si l'hypothèque a été consentie sur un navire en construction, ce qui est fréquent) ou du bureau dans lequel le navire est immatriculé, s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation.

282. — Enfin l'article 191 du Code de commerce a créé un certain nombre de privilèges qui se rapprochent de nos privilèges de l'article 2101 du Code civil, en ce sens que leur rang de collocation est déterminé par leur ordre d'énumération dans l'article 191. Notons en passant que les privilèges du vendeur et des fournisseurs et ouvriers employés à la construction qui concourent ensemble, occupent le huitième rang dans cette énumération.

283. — Les grandes lignes du régime des privilèges et hypothèques maritimes étant ainsi esquissées, nous avons à nous demander si la faillite du propriétaire du navire, ou son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession amènent les mêmes perturbations dans le système des privilèges et hypothèques maritimes que dans le système des privilèges et hypothèques terrestres, en d'autres termes, s'il y a lieu en cette matière à l'application des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce.

CHAPITRE II

Influence des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce sur les privilèges et hypothèques maritimes.

SECTION I

Débiteur en faillite ou en état de liquidation judiciaire

284. — On considère que les dispositions des articles 2146-1^o du Code civil et 448 du Code de commerce sont générales et régissent toute hypothèque soumise à la nécessité de l'inscription ; elles s'appliquent en conséquence aux hypothèques maritimes (1).

D'où il suit :

1^o Que toute hypothèque maritime non inscrite au plus tard la veille du jugement déclaratif de la faillite est frappée de nullité impérative ;

2^o Que toute hypothèque maritime consentie avant l'ouverture de la période suspecte et inscrite au cours de cette période, *peut* être déclarée nulle s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre sa constitution et son inscription.

1. LYON-CAEN et RENAUT, *Précis de droit commercial*, t. II, n^o 2427 ;
BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, t. II, n^o 1588.

Mais ces déchéances impératives ou facultatives sont inapplicables :

1° Aux inscriptions prises en renouvellement d'une inscription précédente (1) ;

2° Aux inscriptions destinées à conserver des intérêts en dehors de ceux qui sont conservés par l'inscription du capital (2).

285. — La question qui a soulevé de si vives controverses à l'occasion du privilège du vendeur d'immeubles existe-t-elle en matière de vente de navire ? Non, il est reconnu que le privilège de l'article 191-8 peut être exercé nonobstant la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur.

C'est qu'en effet l'évolution qui oriente la législation vers l'assimilation du navire à un immeuble n'a pas été jusqu'au bout.

Le privilège du vendeur d'un navire est resté un privilège mobilier. Le droit commun par lequel doit être éclairé l'article 191-8 du Code de commerce est consacré non pas par l'article 2108 du Code civil mais par l'article 2102-4° du Code civil.

Mais, dira-t-on, le privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers ne peu-

1. L'inscription des hypothèques maritimes avait été soumise par la loi de 1874 à un renouvellement triennal. Le délai de renouvellement a été porté à dix ans par l'article 11 de la loi du 10 juillet 1885.

2. L'inscription garantit au même rang que le capital deux années en sus de l'année courante (loi de 1885, art. 13).

vent, aux termes de l'article 550 être exercés contre la faillite ?

On répond à cela que l'article 550 n'a point cité l'article 191-8° comme il l'a fait pour l'article 2102-4° du Code civil et que les déchéances sont de droit étroit (1).

286. — Nous donnerons la même solution pour le privilège des fournisseurs et ouvriers employés à la construction qui, institué comme le privilège du vendeur par l'article 191-8° du Code de commerce (disposition commune) doit être régi par les mêmes principes (2).

SECTION II

Débiteur décédé dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire

287. — Tout ce qui vient d'être dit pour le cas de faillite s'applique également au cas où le débiteur est décédé et où sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire.

L'hypothèque inscrite après le décès du débiteur est frappée de nullité ; et il en est ainsi non seulement dans le cas d'acceptation bénéficiaire, mais aussi dans le cas où la succession a été déclarée vacante (3).

1. RENOARD, *des faillites* t. II, n° 264 ; LYON-CAEN ET RENAULT, t. VI, n° 1700 ; DESJARDINS, *op. cit.*, t. I, n° 141.

2. Bordeaux, 5 juillet 1859 [S. 60.2.83] ; ALAUZET, t. V, n° 1647 ; RENOARD, *op. cit.*, t. II, n° 242.

3. LYON-CAEN ET RENAULT. *Précis*, t. II, 2427 ; BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES, *op. et loc. cit.*

288. — La déchéance ne s'applique :

Ni aux inscriptions prises en renouvellement.

Ni aux inscriptions d'intérêts.

Ni au privilège du vendeur et des fournisseurs et ouvriers employés à la construction qui sont des privilèges mobiliers non frappés de déchéance par l'article 550 du Code de commerce.

TITRE II. — La vente

et le nantissement des fonds de commerce

289. — Pour ce qui touche à la vente et au nantissement des fonds de commerce, nous avons la bonne fortune de posséder une loi complète : la loi du 17 mars 1909. Ce n'est pas une œuvre irréprochable, échappant à toute critique, mais c'est une œuvre d'ensemble dont on saisit facilement le but : l'assimilation du fonds de commerce à un immeuble susceptible d'hypothèque et dont l'aliénation doit être publiée tant au point de vue du déplacement de la propriété au regard des tiers qu'à celui de la conservation des droits du vendeur.

290. — Le « fonds de commerce » ne doit pas être confondu avec les marchandises ; on s'en était depuis longtemps rendu compte, la preuve c'est que, dans les transmissions d'exploitations commerciales d'un individu à un autre, il était toujours stipulé que « le fonds de commerce » était cédé pour une somme de... et les marchandises à dire d'expert.

Le fonds de commerce constitue donc et a toujours été considéré comme une entité. Mais quels étaient les éléments composant cette entité ? La loi de 1909 les a définis en comprenant dans le fonds de com-

merce ; 1° des éléments incorporels qui sont : la *clientèle* ou *achalandage*, le *nom* et *l'enseigne commerciale* et le *droit au bail* ; 2° des éléments corporels, savoir : *a) le mobilier commerciale* c'est-à-dire des objets qui sont placés dans le fonds de commerce pour le meubler, sans qu'ils aient un rapport direct avec l'objet du négoce ; *b) le matériel* consistant dans les objets placés dans le fonds en vue de son exploitation (1).

291. — Tout cet ensemble a une valeur vénale et un siège. Il n'en faut pas davantage pour qu'on puisse le soumettre à une sorte de régime hypothécaire en y appliquant, d'une part, la publicité des transmissions et d'autre part la possibilité de le grever de droits réels consacrés, à l'égard des tiers, par une inscription ou une transcription.

C'est ce que l'on entrevit en 1898 et la loi du 1^{er} mars 1898 institua, sous le nom très impropre de nantissement des fonds de commerce, l'hypothèque sur les fonds de commerce (2).

1. CH. DEFRENOIS. *Vente et nantissement des fonds de commerce*, n°s 14-22.

2. « Elle (la loi) a, par une erreur certaine, appelé cette hypothèque « un nantissement. En effet ce qui distingue le gage de l'hypothèque, « c'est le *dessaisissement du débiteur* qui perd la possession de l'ob- « jet donné en gage dont le créancier est désormais *nanti*. Or le pré- « tendu nantissement des fonds de commerce se *fait sans* dessaisis- « sement et la loi a organisé pour lui, au moyen de registres spéciaux « tenus au greffe du tribunal de commerce, un système de publicité « tout à fait comparable à celui des hypothèques ; il est assez étrange « de voir le législateur créer une hypothèque nouvelle sous un faux « nom et de ne pas s'en apercevoir. » PLANIOL, t. II, n° 2700.

L'expérience fragmentaire de 1898 était bien timide et bien insuffisante. Un membre de la Chambre Haute, M. Cordelet, comprit qu'il y avait à faire œuvre beaucoup plus générale et déposa sur le bureau du Sénat le 21 mars 1905 une proposition de loi qui, votée par le Parlement, est devenue la loi du 17 mars 1909.

Cette loi visait les trois points essentiels d'un système hypothécaire : publicité des transmissions, privilège du vendeur, constitution et publicité de l'hypothèque (1).

Nous allons passer en revue les articles de la loi qui visent ces divers points :

292. — A. *Publicité de la vente du fonds de commerce*. — Cette publicité existait déjà dans la pratique : l'usage était d'obliger l'acquéreur à ne se dessaisir du prix qu'un certain nombre de jours après avoir annoncé son acquisition dans un journal. Cette publicité qui n'était que facultative est rendue obligatoire par l'article 3 de la loi de 1909.

On aurait dû, à notre avis, consigner les ventes de fonds de commerce sur un registre spécial et public ; en se contentant de la publicité éphémère résultant d'une insertion deux fois répétée dans un journal, on a exposé les créanciers du précédent propriétaire à prendre hypothèque sur un fonds qui n'appartient plus à leur débiteur. Il en est d'un fonds de commerce comme d'un immeuble : il importe que le public sache exactement à qui il appartient. Le

1. V. *Exposé des motifs* dans BERNUS, p. 31, 40, 45.

défaut d'inscription ou de transcription de la vente sur un registre public est une lacune de la loi Cordelet.

293. — B. *Privilège du vendeur*. — Les tribunaux admettaient, même avant la loi de 1909, l'existence au profit du vendeur impayé du privilège de l'article 2102-4° du Code civil (1) ; mais ce privilège n'était soumis à aucune condition de publicité et ne conférait pas au vendeur un droit de suite. La faillite de l'acquéreur faisait obstacle à ce qu'il pût être exercé (2) ; et il était primé par le privilège du nantissement (3).

294. — La loi du 17 mars 1909 reconnaît implicitement dans son article 1^{er} l'existence du privilège du vendeur d'un fonds de commerce, en déclarant qu'il n'existe que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré.

Elle le soumet à la publicité.

295. — Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'existe que « s'il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité » (art. 1, al. 1).

L'inscription doit être prise dans la quinzaine de la date de l'acte de vente.

1. Paris, 15 novembre 1860 ; 25 juillet 1882 ; Commerce Seine, 2 mars 1889 ; 9 décembre 1896 ; 15 février 1897 [*Repert.* DEFRÉNOIS, n° 9689].

2. Cass., 24 décembre 1889 ; V. DEFRÉNOIS, *Vente et nantissement des fonds de commerce*, n° 3.

3. Amiens, 8 mai 1906, *Rep.* DEFRÉNOIS, n° 4959.

L'inscription du privilège du vendeur atténue dans une certaine mesure la critique formulée dans le précédent paragraphe contre l'insuffisance et le caractère éphémère de la publicité de la vente du fonds de commerce.

296. — De même que la transcription d'une vente immobilière produit le double effet de constater le déplacement de la propriété au regard des tiers et de conserver le privilège du vendeur, inversement l'inscription du privilège du vendeur d'un fonds de commerce, procure par contre coup la publicité de la vente.

297. — C. *Hypothèque sur le fonds de commerce (nantissement du fonds de commerce)*. — L'article 8 de la loi de 1909 consacre, en maintenant le nom impropre de nantissement consacré par l'usage (1), l'hypothèque sur les fonds de commerce en l'astreignant à l'inscription dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (art. 11 de la loi).

Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence (art. 12).

*
* *

298. — Munis de ces notions préliminaires nous pouvons aborder, en l'envisageant dans ses rapports avec la loi de 1909, le problème auquel cette étude est consacrée.

1. *Exposé des motifs de la loi* dans BERNUS, p. 40, n° 28.

299. — A. — *Effets de la faillite sur l'inscription des nantissements de fonds de commerce.* — L'article 11 de la loi de 1909 a résolu la question. Cet article dispose qu' « en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, les articles 446, 447 et 448 § 1^{er} du Code de commerce sont applicables aux nantissements de fonds de commerce ».

Sans nous occuper des articles 446 et 447, c'est-à-dire des cas de nullité soit impérative, soit facultative du nantissement consenti pendant la période suspecte, nous nous arrêterons à la disposition de l'article 448 qui vise, non la constitution de la garantie, mais son inscription.

300. — En ce qui concerne le nantissement inscrit après le jugement déclaratif de faillite, l'article 12 est parfaitement net. L'article 448-1^o du Code de commerce s'applique c'est-à-dire que l'inscription postérieure au jugement est nulle.

Pourquoi l'article 11 ne parle-t-il que du premier alinéa de l'article 448 ? Parce qu'il est lui-même plus sévère que l'alinéa 1 de cet article. D'après l'article 448-2^o, l'hypothèque inscrite plus de quinze jours après sa constitution peut être annulée si entre sa constitution et son inscription s'est interposée l'ouverture de la période suspecte.

D'après l'article 11 de la loi de 1909 alinéa 1^{er}, tout nantissement de fonds de commerce est nul, qu'il y ait ou non faillite, si l'inscription n'a pas été prise dans la quinzaine de l'acte constitutif.

La question est donc résolue en ce qui concerne l'hypothèque (nantissement).

301. — Mais que faut-il décider quant au privilège du vendeur ? Allons-nous voir se reproduire en cette matière les controverses qui, à l'occasion des ventes d'immeubles, divisent la doctrine et la jurisprudence ? Non, parce que l'article 2 de la loi a tranché la question.

Antérieurement à la loi du 17 mars 1909, le privilège qui était reconnu au vendeur du fonds de commerce ne pouvait produire aucun effet en cas de faillite de l'acquéreur parce qu'il était occulte. Aussi on avait recours à un expédient ; avant la loi de 1898, afin de consolider son privilège, le vendeur se faisait consentir un nantissement dans l'acte de vente (1).

Cet expédient pouvait revendiquer à son profit le mérite d'une antiquité respectable. C'est celui dont se servaient, en droit romain, les vendeurs à crédit qui ne pouvaient invoquer un privilège qui n'avait point encore été inventé (2). Ils se faisaient consentir un *pactum hypothecæ* sur l'objet vendu.

Lorsqu'en 1835, on discutait le projet de loi sur les faillites qui était appelé à devenir la loi du 28 mai 1838 et lorsqu'il fut question de la rédaction de l'article 550 qui, comme on le sait, supprime en matière de faillite le privilège du vendeur d'objets mobiliers, M. Oger, par un amendement qu'il proposa, essaya

1. DEFRENOIS, *op. cit.*, p. 35, n° 50.

2. Le privilège du vendeur n'a été institué qu'au xvi^e siècle.

de sauvegarder les droits du vendeur du fonds de commerce.

L'amendement de M. Oger était ainsi conçu : « Néanmoins, lorsqu'il s'agira de la vente d'un fonds de commerce, de la cession d'un office ou de tout autre droit incorporel, les privilèges et droit de revendication pourront s'exercer, si, dans l'acte de vente, ils ont été formellement réservés au vendeur par un acte ayant date certaine avant la faillite. » M. Renouard, rapporteur de la loi, combattit l'amendement de M. Oger ; sur quel argument s'appuyait M. Renouard ? Sur ce qu'un vendeur ne peut être admis à exercer un privilège *en vertu d'un acte latent qui ne peut être connu de tous*. Lorsque la discussion reprit en 1838, M. Quenault qui avait succédé comme rapporteur à M. Renouard, tint un langage analogue : « La confiance des créanciers, disait-il, serait trompée si l'exercice d'une revendication imprévue ou d'un *privilège occulte*, tel que celui du *vendeur d'un fonds de commerce*, venait, tout d'un coup, absorber un actif qu'ils étaient fondés à considérer comme leur gage. »

C'est donc bien sur le caractère *occulte* du privilège du vendeur du fonds de commerce qu'étaient fondées les objections opposées à sa constitution.

Aussi M. Cordelet, dans son rapport (1), a-t-il pu dire « que le caractère occulte du privilège du vendeur d'effets mobiliers ayant été la raison détermi-

1. M. Cordelet avait été désigné comme rapporteur par la Commission du Sénat chargée d'examiner sa proposition, v. BERNUS, p. 80.

nante de l'adoption du dernier paragraphe de l'article 550, il n'était que juste de décider que cette disposition cessera d'être applicable au privilège du vendeur d'un fonds de commerce désormais rendu public par une inscription (1) ».

301 *bis*. — C'est dans ces conditions que fut voté l'article 2 de la loi, dont le premier alinéa est ainsi conçu :

« Article 2 : L'inscription doit être prise à peine de
« nullité dans la quinzaine de l'acte de vente. Elle
« prime toute inscription prise dans le même délai
« du chef de l'acquéreur : elle est opposable à la
« faillite de l'acquéreur et à la liquidation judiciaire
« de l'acquéreur ainsi qu'à sa succession bénéfi-
« ciaire. »

302. — *Action résolutoire*. — L'action résolutoire est soudée au privilège encore plus étroitement qu'en matière de vente immobilière, car le deuxième alinéa de l'article 2 dispose expressément qu'elle ne peut plus être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège.

Encore faut-il qu'elle ait reçu une publicité spéciale en ce sens qu'elle doit faire l'objet d'une mention et d'une réserve expresse dans l'inscription. C'est là une dérogation au droit commun, et, à vrai dire on ne trouve rien dans les rapports ni dans les discussions qui justifie cette dérogation. Les tiers n'étaient-ils pas avertis par l'inscription du privilège

1. BERNUS, *op. cit.*, n° 129, p. 100.

que le prix n'était pas payé ? que dès lors la vente du fonds de commerce demeurait sous la menace de l'application de l'article 1654 du Code civil ? Nous renonçons à découvrir l'utilité de cette formalité (1).

Lors de la discussion au sein de la commission M. Milliard avait demandé que l'action résolutoire ne pût être exercée à l'encontre de la faillite. Comme le fit remarquer M. Cordelet dans son rapport, du moment que le privilège était opposable à la faillite, il n'y avait aucune raison de traiter autrement l'action résolutoire. La demande de M. Milliard fut écartée.

•
* *

203. — B. — *Effets de l'acceptation bénéficiaire sur l'inscription des nantissements et du privilège du vendeur.* — Nous avons à relever sur ce point une singularité de la loi, peut-être due à un oubli. Aux termes d'une disposition du premier alinéa de l'article 2 que nous avons rencontrée tout à l'heure sans la commenter, l'inscription du privilège du vendeur, si elle est prise dans la quinzaine de l'acte de vente, est valable quand même elle serait postérieure au décès de l'acheteur suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Aucune disposition analogue n'apparaît dans la loi de 1909 en ce qui concerne les nantissements de fonds de commerce.

1. DEFRÉNOIS, *op. cit.*, p. 44.

Qu'en faut-il conclure ? c'est que le nantissement des fonds de commerce, l'hypothèque sur le fonds de commerce pour l'appeler de son nom véritable, demeure sous l'empire du droit commun. Or le droit commun, c'est l'article 2146 du Code civil.

Cela peut se justifier, après tout ! Le raisonnement sur lequel s'appuient presque tous les auteurs pour demander qu'une réforme de la législation protège celui qui a mis une valeur dans le patrimoine de la succession, repose sur l'idée que le vendeur — qui peut être pris pour type — est plus intéressant que les autres créanciers, pour lesquels il n'y aurait rien d'anormal à conserver la règle de l'égalité.

304. — Mais si l'on jette un coup d'œil d'ensemble sur les deux matières traitées dans ce titre, on ne pourra s'empêcher de trouver bizarre une législation qui, en matière d'hypothèque maritime, refuse au vendeur du navire la protection qu'elle accorde au créancier hypothécaire, et qui, lorsqu'il s'agit de la vente d'un fonds de commerce et de l'hypothèque sur un fonds de commerce, se montre, avec raison peut-être, plus soucieuse des intérêts du vendeur que de ceux du créancier.

∴

305. — Au moment de terminer ce chapitre et d'aborder notre conclusion générale une observation s'impose. Les lois nouvelles, malgré leur intention avérée de s'inspirer des principes du droit commun,

de mettre leurs dispositions en harmonie avec le Code civil et le Code de commerce, ont été obligées de s'en écarter sur assez de points pour laisser dans l'esprit une impression de disparate. C'est la preuve que le droit antérieur n'a point paru aux nouveaux législateurs assez bien ordonné pour qu'on pût l'adapter intégralement aux institutions plus récentes.

Il ne serait pas impossible qu'il s'opérât, à l'occasion d'une réforme que l'on peut prévoir dès à présent, un travail d'unification basé sur quelques idées fondamentales qui vont être rappelées ci-après.

CONCLUSION

306. — Il est inutile de chercher à se le dissimuler : l'article 2146, inspiré par une préoccupation qui peut paraître justifiée, est, grâce aux vices de sa rédaction, grâce peut-être aussi aux défauts de notre régime hypothécaire, une des tares de notre Code civil.

Il part de cette idée très défendable qu'il ne faut pas permettre aux débiteurs insolvables d'avantager les créanciers qu'ils préfèrent au détriment de leurs autres créanciers.

L'application d'un tel principe soulève une première question : quand doit-on considérer que le débiteur est en état d'insolvabilité ?

Et l'article 2146 répond : Quand ce débiteur est en faillite ou quand sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. La première partie de la réponse est vraie, la seconde ne l'est pas. Le Code en a lui-même infirmé l'exactitude en imposant l'acceptation bénéficiaire dans des cas où le *de cujus* est mort solvable.

Comme le dit avec beaucoup de raison M. Planiol, le législateur a eu le tort de s'attacher à un signe trompeur d'insolvabilité, au lieu de s'attacher à l'insolvabilité elle-même.

Que fallait-il faire pour que l'insolvabilité et non l'apparence de l'insolvabilité devînt la base solide du système ? Il fallait, comme le demandait M. Valette, comme l'a demandé depuis M. Thaller, organiser la déconfiture, créer ce qu'on a appelé quelquefois la faillite civile.

D'autre part, un système sagement conçu d'égalité entre les créanciers ne devait écarter que les causes de préférence injustes nées de la volonté du débiteur mais non celles que la loi elle-même a créées. Si la loi a attribué un rang de préférence à un créancier, c'est qu'elle a trouvé juste que ce créancier fût traité mieux que les autres ; et il y a une contradiction singulière à faire retirer par la loi la faveur que la loi elle-même a cru devoir accorder.

Un tempérament cependant doit être apporté à ce principe, tempérament imposé par le régime de la publicité des sûretés immobilières. Les droits de préférence sur les immeubles devraient être inscrits dans un certain délai. C'est d'ailleurs la pensée qui apparaît dans tous les projets de réforme de notre système hypothécaire, y compris le projet déposé par M. Darlan alors qu'il était garde des sceaux.

Toute sûreté immobilière consistant dans la rétention d'un droit dans une chose sur laquelle on avait un droit plus étendu, devrait être consacrée par une

transcription dont l'effet serait indivisible, de telle sorte que l'acquisition d'un immeuble au profit d'un patrimoine ne pût devenir définitive sans que le droit retenu par l'aliénateur fût en même temps consacré. C'est un point sur lequel insiste avec raison M. Thaller.

Le jour où ces trois réformes : organisation de la déconfiture, mise au-dessus de toute contestation des droits de préférence accordés par la loi, publicité concomitante et indivisible des acquisitions d'une valeur nouvelle à un patrimoine et du droit retenu par le créateur de cette valeur (ce qui comprend le vendeur d'un immeuble), le jour, disons-nous, où ces trois réformes seraient consacrées par la loi, on verrait s'évanouir toutes les controverses qui divisent les auteurs et les tribunaux à l'occasion des questions qui ont fait l'objet de notre étude.

Ce sont là d'ailleurs des points que nous avons indiqués au cours de nos discussions, afin de ne pas tenir la conclusion trop éloignée des prémisses dont elle se dégageait.

En y revenant maintenant, en formulant une opinion générale *de lege ferenda*, nous n'avons pour but que de présenter une vue d'ensemble d'un problème dont nous avons noté les aspects divers à mesure qu'ils attiraient notre attention.

Il n'y a plus rien à attendre de l'interprétation ; elle est devenue aujourd'hui tellement « touffue » qu'elle épaissit les obscurités au lieu de les dissiper, et que les auteurs les plus éminents sont obligés de

se réfugier dans la critique de textes qu'ils ne peuvent mettre d'accord (l'expression n'est pas de nous) avec la justice et la raison (1).

1. TROPLONG, *Privilèges et hypothèques*, t. III, n° 649. Conf. THALLER, *Droit commercial*, n° 2060 et *Faillites en droit comparé*, n° 144; PLANIOL, t. II, n° 3041, etc.

Vu : le Président de la thèse,
PIEDELIEVRE

Vu : le Docteur,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale.
- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ, 4^e édition.
- BARAFORT. — Séparation des patrimoines.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit Civil.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES. — Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée.
- BÉDARRIDE. — Commentaire du Code de Commerce.
- BERNARD (F.). — Cours sommaire de Droit Civil ou exposé rationnel des principes.
- BERNUS. — De la vente et du nantissement des fonds de commerce.
- BLONDEAU. — Séparation des patrimoines.
- BOISTEL. — Cours de Droit commercial.
- BONCENNE. — Procédure.
- BRAVARD VEYRIÈRES ET DEMANGEAT. — Manuel de Droit commercial.
- BRAVARD VEYRIÈRES ET DEMANGEAT. — Traité de Droit commercial.
- CHABOT (DE L'ALLIER). — Commentaire sur la loi des successions revu et augmenté par Belost-Jolimont.
- CLERC (ED.). — Formulaire du Notariat.
- COIN-DELISLE. — Donations et testaments.
- COUDER (DE) (RUBEN). — Dictionnaire de Droit Commercial d'après Goujet et Merger.
- COULON. — Dialogues.

- CRESP ET LAURIN. — Cours de Droit maritime annoté, complété et mis au courant de la jurisprudence.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale ou répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
- DEFRÉNOIS (Ch.). — De la vente et du nantissement des fonds de commerce.
- DARLAN. — Projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire.
- DELAMARRE ET LEPOITVIN. — Traité théorique et pratique de Droit commercial.
- DELVINCOURT. — Cours de Code Civil.
- DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil.
- DEMOLOMBE. — Traité des Successions.
- DESJARDINS (A.). — Traité de Droit commercial maritime.
- DU CAURROY, BONNIER ET ROUSTAIN. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 1^{er} Examen.
- DURANTON. — Cours de Droit français suivant le Code civil.
- FABREGUETTES. — Questions pratiques sur le Droit commercial.
- FAVART DE LANGLADE. — Répertoire, V^o Privilège, Section IV.
- FLANDIN. — De la transcription en matière hypothécaire ou explication de la loi du 23 mars 1855.
- FOUET DE CONFLANS. — Esprit de la jurisprudence des successions.
- FOURCADE. — Des faillites non déclarées.
- FUZIER HERMANN. — Répertoire général alphabétique du droit français, continué par A. Carpentier et Frère-jouan du Saint.
- GAUTHIER. — Observations au Journal du Palais.
- GRENIER. — Traité des hypothèques.
- GUILLOUARD. — Traité des privilèges et hypothèques.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
- HUREAUX. — Études sur le Code civil.
- LABORI. — Répertoire encyclopédique du Droit français.

- LAROMBIÈRE. — Obligations.
- LAROQUE SAYSSINEL ET DUTRUC. — Formulaire général des faillites et banqueroutes.
- LAURENT. — Principes du Droit civil français.
- LEBRUN. — Traité des donations.
- LEHR. — Éléments de Droit civil anglais.
- LESENNE. — Commentaire de la loi sur la transcription.
- LYON-CAEN ET RENAULT. — 1^o Traité de Droit commercial.
— 2^o Manuel de Droit commercial.
- MARCADÉ (et P. Pont). — Explication théorique et pratique du Code Napoléon.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.
- MONITEUR UNIVERSEL.
- MOURLON. — Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges.
— Traité théorique et pratique de la transcription.
- NICOLAS. — Manuel du partage des successions.
- PARDESSUS. — Cours de Droit commercial.
- PERCEROU. — Faillite et liquidation judiciaire après décès.
- PERSIL. — Régime hypothécaire.
— Questions sur les privilèges et hypothèques.
- PINCHON ET GOURVIL. — Commentaire et historique de la loi du 8 février 1897.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil.
- PONT (Paul). — Commentaire, traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée.
- POTHIER. — Successions.
- RENOUARD. — Traité des faillites et banqueroutes.
- RIVIÈRE. — Article dans la Revue critique de Législation et de Jurisprudence (t. 15 et 16).
- RIVIÈRE ET HUGUET. — Questions théoriques et pratiques sur la transcription hypothécaire.
- TARRIBLE. — Répertoire de Merlin.
- THALLER. — Traité élémentaire de Droit commercial.
— Des faillites en Droit comparé.

THÉZARD. — Nantissement, privilèges et hypothèques.

TROPLONG. — Traité des privilèges et hypothèques dans le
Droit civil expliqué.

— Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la
transcription.

VALETTE. — Mélanges de droit, de jurisprudence et de
législation recueillis et publiés par MM. Hérold et
Lyon-Caen.

VERDIER. — De la transcription.

VERMONT. — Manuel de Droit maritime.

VEYRIENS. — Traité de Droit commercial.

VIARDOT. — Des effets de la faillite.

WAHL. — Note sous arrêt de Grenoble du 26 décembre
1891, dans Recueil de Sirey, 92.2.33.

TABLE

	Pages
AVANT-PROPOS.	5

PREMIÈRE PARTIE

Effets de la faillite sur les inscriptions.

Titre I. — L'inscription des hypothèques.	
CHAPITRE I. — Notions générales.	9
CHAPITRE II. — Nullité impérative des inscriptions d'hypothèques prises après le jugement déclara- tif de la faillite.	12
CHAPITRE III. — Nullité facultative des inscriptions d'hypothèques prises après l'ouverture de la période suspecte	31
Titre II. — L'inscription des privilèges.	
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Observations générales. Divi- sion du titre.	40
CHAPITRE I. — Effets, sur l'inscription des privilèges, au jugement déclaratif de faillite.	49
<i>Section I.</i> — Les hypothèques privilégiées de la femme et du pupille	49
<i>Section II.</i> — Le privilège du vendeur d'immeuble et l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix	66
§ 1. — Le privilège du vendeur d'immeubles	68
§ 2. — L'action en résolution pour défaut de paiement du prix	97
<i>Section III.</i> — La séparation des patrimoines	120
<i>Section IV.</i> — Le privilège du co-partageant	127
<i>Section V.</i> — Privilèges fondés sur la création d'une plus-value	131
§ 1. — Privilège des architectes et entrepreneurs.	131
§ 2. — Autres privilèges fondés sur la création d'une plus-value.	138

<i>Section VI. — Privilèges fiscaux</i>	146
CHAPITRE II. — Effet de l'ouverture de la période sus- pecte sur l'inscription des privilèges.	154
CHAPITRE III. — Essai de généralisation et appréciation critique de la loi	168
Titre III. — Examen du problème au point de vue législatif.	
CHAPITRE I. — Droit comparé	177
CHAPITRE II. — Projets et vœux de réforme	184

DEUXIÈME PARTIE

Effet de l'acceptation bénéficiaire sur les inscriptions.

Titre I. — Exposition et appréciation critique du principe	191
Titre II. — Cas d'application de l'article 2146-2º.	199
Titre III. — Quelles inscriptions tombent sous le coup de l'article 2146-2º	229

TROISIÈME PARTIE

L'arrêt des inscriptions et les lois nouvelles.

Titre I. — L'hypothèque maritime et le privilège du vendeur de navire.	
CHAPITRE I. — Régime de la propriété des navires	244
CHAPITRE II. — Influence des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce sur les pri- vilèges et hypothèques maritimes.	
<i>Section I. — Débiteur en faillite ou en liquidation judiciaire.</i>	247
<i>Section II. — Débiteur décédé dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire</i>	249
Titre II. — La vente et le nantissement des fonds de commerce	251
CONCLUSION	263
BIBLIOGRAPHIE	267
TABLE	271

